

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD
DOUTORADO EM DIREITO

RAMIRO NÓBREGA SANT'ANA

A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À SAÚDE:
PROPOSTAS DE ENFRETEAMENTO DA INJUSTIÇA NA SAÚDE PÚBLICA

BRASÍLIA – DF
2017

RAMIRO NÓBREGA SANT'ANA

**A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À SAÚDE:
PROPOSTAS DE ENFRETEAMENTO DA INJUSTIÇA NA SAÚDE PÚBLICA**

Tese apresentada à Banca do Programa de Doutorado em Direito do Centro de Ensino Universitário de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

BRASÍLIA-DF, 2017.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega.

A Judicialização como Instrumento de Acesso à Saúde: proposta de enfrentamento da injustiça na saúde pública / Ramiro Nóbrega Sant'Ana. 2017. 455 f.

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Tese apresentada à Banca do Programa de Doutorado em Direito, do Centro de Ensino Universitário de Brasília.

SUMÁRIO: Introdução; Capítulo 1 – Distorções das Diretrizes Constitucionais do Sistema Único de Saúde; Capítulo 2 – Modelo de Saúde Brasileiro em Perspectiva Comparada: lições sobre americanização da saúde no Brasil; Capítulo 3 – Desenvolvimento da Saúde no Brasil: construção e perpetuação da injustiça na saúde pública; Capítulo 4 – Contextualização Crítica da Judicialização da Saúde no Brasil; Capítulo 5 – Experimentalismo e Imaginação em prol do Acesso à Saúde: propostas de avanço institucional; Conclusões; Referências; Anexo.

Ao meu avô Jaime Ramalho, pelo exemplo que deu em vida.

Para Helena, Nina, Jandina, Paula, Paulo, e Pedrina,
por tudo que representam para mim.

AGRADECIMENTOS

A finalização desse trabalho só ocorreu pelo apoio constante de muitas pessoas e pelo que aprendi com elas. Sou muito grato a todas.

Meus primeiros agradecimentos se dirigem à minha esposa Nina, por todo seu empenho para que eu pudesse ter tempo para me dedicar a essa tese, e a minha filha Helena, que com sua graça me animou nos dias mais difíceis. Agradeço também minha mãe Jandina, por todo cuidado providencial de mãe; à irmã Paula, pelo companheirismo e estímulo; ao pai Paulo, pelo entusiasmo; aos avós Jaime e Pedrina e ao Tio Ramalho, pelo exemplo constante.

Expresso minha gratidão ao meu orientador Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, um verdadeiro mestre dentro e fora da sala de aula. Agradeço também a todos professores do Uniceub que tive nesse percurso do doutorado: Roberto Freitas Filho, Frederico Augusto, José Levi, Inocência Mártires Coelho e Jefferson Guedes. Agradeço também ao coordenador do programa de doutorado do Uniceub, Prof. Marcelo Varella, e a todos servidores da secretaria do curso, em especial Marley e Igor. Meu abraço a todos os colegas de doutorado, com os quais pude aprender muito durante os últimos 4 anos: Ivan, Adriano, Júlio, Cida, Paulo, Valdir, Arianne, Rafael e Flávio.

Meus agradecimentos a todos que participaram da incomparável experiência de realizar o período de Doutorado-Sanduiche na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard. Manifesto minha gratidão ao meu co-orientador no exterior, Prof. Roberto Mangabeira Unger, bem como aos professores Cornel West, Amy Rosenberg, Robert Blendon e David Williams. Meus agradecimentos também aos amigos que fiz nessa empreitada: André, Adriano, Anna, Camila, Christian, Coen, Cornelli, Daniel, Erik, Flávia, Flávio, Gabriela, Helena, Isabela, Kwame, Maíra, Nilton, Okendo, Orli, Pedro, Sarah, Thaís, Tsuyoshi, Veveu e Viorica.

Sou muito grato também pela experiência de atuar junto ao Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça, experiência que muito contribuiu para a construção dessa tese. Agradeço essa oportunidade ao Conselheiro Arnaldo Hossepian. Agradeço também tudo o que aprendi com Alethele Santos, Arthur Pinto, Clarice Petramale,

Fernanda Terrazas, Giovani Cerri, Gonzalo Vecina, Luciene Vieira, João Pedro Gebran, Marcos Salles, Maria Inez Gadelha, Renato Dresch e Rodrigo Rocha.

Muito do que foi escrito nessa tese foi buscar inspiração no trabalho de dedicados defensores públicos que, Brasil afora, lutam pelo acesso à saúde das classes populares. Agradeço por tudo o que aprendi em minhas viagens pelos estados brasileiros e nos debates na Comissão de Saúde da ANADEP. Meus agradecimentos especiais a Celestino Chupel, Rodrigo Doin, Rodrigo Paschoal, Fernando Henrique, Rodrigo Cerqueira, Thaisa Guerreiro, Paula Almeida, Synara Guimarães, Cláudia, Bruno Balbe, Arthur e Victor.

Por fim, importante ressaltar que a conclusão desse trabalho não seria possível sem o apoio de minhas incansáveis revisoras Ladyane e Isadora, bem como de amigos que em diferentes momentos dedicaram seu tempo para me orientar e apoiar: Bruno Vieira, Vítor Chaves, Daniel Augusto e Fábio Sá e Silva. Meus sinceros agradecimentos.

Muito obrigado a todos!

Resumo

A tese aborda a judicialização da saúde e pondera sobre sua utilização como instrumento de acesso à saúde. Para tanto, avalia os problemas atuais do sistema de saúde brasileiro, com foco no subfinanciamento do Sistema Único de Saúde (SUS) e nos vários aspectos da injustiça no acesso aos serviços de saúde, especialmente as assimetrias de qualidade e eficiência que ocorrem em desfavor dos cidadãos de baixa renda. Destaca, ainda, que tais problema são aprofundados pela distorção das diretrizes constitucionais do sistema público que, cada vez mais, têm sido alteradas em prol do estabelecimento de um modelo de saúde segmentado e com proeminência do mercado privado, configurando um processo de americanização da saúde brasileira. Afirma-se que muitos usuários do SUS enfrentam as consequências negativas do descompasso entre o SUS previsto na Constituição de 1988 e a realidade da prática institucional, que é de precarização crescente dos serviços públicos de saúde. Nesse contexto, a judicialização da saúde se apresenta aos cidadãos como uma alternativa legítima e democrática de concretização de direitos fundamentais e acesso à saúde. Tal instrumento, todavia, tem sido criticado nos debates em âmbito institucional e acadêmico. A tese aponta as inconsistências dessas avaliações e defende a reorientação desse debate. Propõe um olhar sobre experiências institucionais que tem apresentado resultados positivos a partir da imaginação de alternativas que reconciliam o diálogo institucional entre sistema de justiça e sistema de saúde com a necessidade de atender cada cidadão.

Palavras-Chave: Doutorado Uniceub; Saúde Pública; Judicialização da Saúde; Acesso à Saúde; Arranjos Institucionais;

Abstract

The thesis deals with the judicialization of health care and considers its use as an instrument of access to health care. In order to do so, it assesses the current problems of the Brazilian health care system, focusing on the underfunding of the Unified Health System (SUS) and the various aspects of inequity in the access to health services, especially the quality and efficiency asymmetries that occur to the disadvantage of low-income citizens. It is also highlighted that such problems are deepened by the distortion of the constitutional guidelines of the public system, which have increasingly been altered in favor of the establishment of a segmented health model with prominence of the private market, shaping a process of Americanization of Brazilian health care. It is stated that many SUS users face the negative consequences of the mismatch between the SUS established by 1988 Constitution and the reality of institutional practice, which is of increasingly precarious public health care services. In this context, the judicialization of health care is presented to the citizens as a legitimate and democratic alternative to the realization of fundamental rights and access to health care. Such an instrument, however, has been criticized in institutional and academic debates. The thesis points out the inconsistencies of these evaluations and defends the reorientation of this debate. It proposes to take a glance at institutional experiences that have presented positive results from the imagination of alternatives that reconcile the institutional dialogue between justice system and health care system with the need to attend to each citizen.

Keywords: Uniceub PhD; Public health; Health Care Litigation; Access to Health Care; Institutional Arrangements.

Lista de Figuras

Figura 1 - Regiões de Saúde do Estado do Amazonas.....	49
Figura 2 – Hierarquização do SUS.....	50
Figura 3– Rede de Urgência e Emergência	51
Figura 4 – A diretriz de descentralização e o planejamento do SUS	55

Lista de Tabelas

Tabela 1 – Evolução do nº de internações pelo SUS segundo natureza jurídica do prestador – Brasil, 2000-2010.....	65
Tabela 2 – Número de beneficiários em planos privados de assistência médica (absoluto e percentual da população brasileira).....	70
Tabela 3 – Evolução do gasto em saúde	85
Tabela 4 – Comparativo entre países de gasto público e privado em saúde	184
Tabela 5 – Critérios relacionados às políticas públicas de assistência farmacêutica ...	296
Tabela 6 – Critérios relacionados à renda do demandante ou familiares	299
Tabela 7 – Critérios relacionados aos procedimentos a serem seguidos	300

Lista de Gráficos

Gráfico 1 – Beneficiários de planos privados de assistência à saúde no Brasil (2010-16)	69
Gráfico 2 – Perfil de demandas na Defensoria Pública do estado do Amazonas	333
Gráfico 3 – Perfil de demandas na Defensoria Pública do estado de Sergipe	334
Gráfico 4 – Perfil de demandas na Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro ...	336
Gráfico 5 - Perfil de demandas na Defensoria Pública do Distrito Federal	337

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I DISTORÇÕES DAS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	42
1. As diretrizes constitucionais do sistema de saúde brasileiro	43
1.1. As diretrizes constitucionais do Sistema Único de Saúde.....	44
1.2. As diretrizes do setor privado	63
2. As distorções do sistema de saúde: subfinanciamento e injustiça	71
2.1. O Subfinanciamento da saúde pública	74
2.1.1. Aspectos orçamentários do subfinanciamento da saúde pública	74
2.1.2. Distorções do financiamento da saúde pública na interface com os serviços privados.....	84
2.2. As duas faces da injustiça na saúde brasileira: o <i>apartheid</i> da saúde e a má-fé institucional	93
2.2.1 O <i>apartheid</i> na saúde: a segmentação público-privado	95
2.2.1.1 Características do <i>apartheid</i> na saúde.....	95
2.2.1.2. Reflexos do <i>apartheid</i> na oferta dos serviços de saúde.....	101
2.2.2. A Má-fé institucional na saúde pública brasileira.....	107
2.2.2.1. A má-fé na concepção das políticas públicas	107
2.2.2.2. A má-fé na implementação das políticas públicas	116
CAPÍTULO II MODELO DE SAÚDE BRASILEIRO EM PERSPECTIVA COMPARADA: LIÇÕES SOBRE A AMERICANIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL.....	131
1. A contextualização do sistema de saúde brasileiro no âmbito internacional a partir da relação público-privado	133
1.1. Relação público-privado na composição do financiamento dos sistemas de saúde	133
1.2 Arranjos público-privados na oferta dos serviços dos sistemas de saúde	137
2. A tese da americanização da saúde: influência em diferentes contextos	143
2.1. A tese da americanização do sistema de saúde britânico	144
2.2. A tese da americanização da saúde brasileira: entender as semelhanças com o modelo norte-americano pode contribuir para a construção de alternativas para o Brasil?	152
3. O sistema de Saúde dos Estados Unidos da América	157
3.1. Formação e organização do sistema de saúde norte-americano.....	157
3.2. A reforma promovida pelo Obamacare.....	168
4. Brasil e Estados Unidos: aprendizados a partir da comparação entre os sistemas de saúde.....	177
4.1. Aprendizados sobre o processo de construção das políticas públicas: a ação dos grupos de interesse	177
4.2. Aprendizados sobre o financiamento da saúde	184
4.3. As semelhanças nos resultados: segmentação, precarização e exclusão.....	190
CAPÍTULO III DESENVOLVIMENTO DA SAÚDE NO BRASIL: CONSTRUÇÃO E PERPETUAÇÃO DA INJUSTIÇA NA SAÚDE PÚBLICA.....	200
1. Formação do sistema de saúde no Brasil.....	201
1.1. Subcidadania e exclusão na formação da saúde pública no Brasil	203

1.2. Segmentação e precarização do acesso à saúde	212
1.3. As limitações da Reforma Sanitária Brasileira	222
2. Condições de perpetuação e de superação da injustiça na saúde na democracia brasileira.....	232
2.1. A relação entre desigualdade política e desigualdade socioeconômicas no contexto democrático	233
2.2. Os obstáculos à igualdade política e a perpetuação da exclusão	242
2.3. Direito, Constituição e Judicialização	253
2.4. Judicialização da Saúde como instrumento democrático de afirmação da cidadania	258
CAPÍTULO IV CONTEXTUALIZAÇÃO CRÍTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	266
1. A evolução do debate institucional sobre a judicialização da saúde no Brasil.....	267
1.1. Contornos iniciais do debate e a Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal.....	267
1.2. A expansão da judicialização da saúde e as reações institucionais	279
2. O julgamento dos Recursos Extraordinários 566.471/RN e 657.718/MG no Supremo Tribunal Federal: um novo momento de inflexão	285
2.1. O contexto prévio ao julgamento dos REs 566.471 e 657.718.....	285
2.2. As decisões proferidas nos REs 566.471 e 657.718	290
2.3. As limitações da atividade adjudicativa: o que esperar das decisões do Supremo Tribunal Federal nos REs 566.471 e 657.718?.....	305
3. O debate acadêmico acerca da judicialização da saúde	309
3.1. As narrativas construídas em torno da Judicialização da Saúde.....	309
3.2. Crítica à tese da judicialização pelas elites	314
3.3. A judicialização da saúde compromete a gestão administrativa e orçamentária do SUS?	320
4. Proposta de reorientação do debate institucional e acadêmico sobre a judicialização da saúde.....	330
4.1. Contribuições para a reorientação do debate: as demandas mais comuns levadas à Defensoria Pública	330
4.2. A necessidade de reorientação do debate institucional e acadêmico	338
CAPÍTULO V EXPERIMENTALISMO E IMAGINAÇÃO EM PROL DO ACESSO À SAÚDE: PROPOSTAS DE AVANÇO INSTITUCIONAL.....	349
1. Mapeamento das práticas institucionais avançadas no Brasil	350
1.1. O Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça e os Comitês Executivos Estaduais	351
1.2. Arranjos institucionais de âmbito local	356
1.3. Repercussão dos arranjos mapeados na produção acadêmica brasileira	364
2. Judicialização da Saúde nos Estados Unidos.....	374
2.1. Relevância e limites do judicial review na resolução dos litígios de saúde.....	374
2.2. Instrumentos de solução dos conflitos em âmbito administrativo: o exemplo do programa Medicare.....	380
3. Propostas para avanços institucionais na judicialização da saúde	387
3.1. Diretrizes para os avanços institucionais.....	388
3.2. Desafios para implementação de avanços institucionais.....	395

3.3. Contribuições para a construção de um modelo de resolução de conflitos para a saúde pública brasileira	398
CONCLUSÃO.....	410
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	422
ANEXO.....	455

INTRODUÇÃO

Contextualização Geral

Ficou o dito pelo não dito. Essa é a primeira impressão ao se confrontar as longas filas de espera para atendimento no Sistema Único de Saúde – SUS e o texto da Constituição de 1988, que assegura a todos o direito à saúde, com acesso universal, igualitário e integral aos serviços e ações de saúde.

O desengano é justificado, pois a Constituição de 1988 alterou profunda e positivamente o ordenamento jurídico e as diretrizes da saúde pública brasileira. Ela representou avanço histórico, especialmente em termos normativos. O novo projeto constitucional surpreendeu pela forma repentina, embora tardia, com que alguns direitos sociais foram universalizados no Brasil¹ quando comparamos com outros países de economias capitalistas avançadas.

O descompasso entre as promessas do texto constitucional e a deficiência das instituições encarregadas de prestar os serviços de saúde pública – notadamente o SUS² – reproduz um dos maiores defeitos dos atuais sistemas de direitos: a extensão de direitos de cidadania à grande massa de homens e mulheres trabalhadores sem dar-lhes poder para agir sobre a realidade social em que vivem³. Tal situação tem frustrado as expectativas de muitos brasileiros.

De fato, a saúde pública tem se tornado a principal preocupação da sociedade brasileira⁴. Pesquisa da CNI-Ibope realizada em fevereiro de 2014, previamente, portanto, às eleições gerais daquele ano, identificou que 58% da população brasileira considera a saúde como principal problema nacional e 49%

¹ Em razão dessas características do novo projeto constitucional brasileiro, Boaventura de Souza Santos o chama de “curto-circuito histórico” (SANTOS, B. S. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 20).

² O SUS é amplamente reconhecido como instituição à qual o constituinte de 1988 depositou o dever estatal de implementar o direito à saúde. Conferir: DALLARI, S. G; NUNES JÚNIOR, V. S. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 77.

³ UNGER, R. M.. **The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task**. Cambridge/Londres: Verso, 2015, p. 206.

⁴ SANTOS, I. S.. The solution to SUS is not a Brazilcare. **RECCIS**, v. 10, n. 3, jul./set. 2016, p. 3.

dos brasileiros espera atuação do Governo Federal para melhoria dos serviços de saúde. O maior índice veio do Distrito Federal, onde 72% dos cidadãos ouvidos apontaram a saúde como um dos principais problemas⁵. Reflexo da baixa credibilidade do SUS é a intensificação da busca pela saúde suplementar. Este movimento de indução dos brasileiros com renda estável à contratação de planos privados nasceu com o próprio SUS⁶, mas se intensificou de forma consistente na última década para alcançar, em 2014, patamar superior a 50 milhões de beneficiários, o que corresponde à cobertura de aproximadamente 26% da população brasileira⁷.

A irresignação acima retratada é especialmente sentida na pele pelas classes populares que submergem ante a realidade de exclusão material imposta pela contradição entre o “ótimo abstrato” da norma e o “péssimo concreto” das longas filas, das emergências lotadas, da falta de leitos, das farmácias desabastecidas. A referida distorção, facilmente identificada na saúde pública, também se reproduz de forma muito evidente na previdência social e na educação pública, dentre outras áreas da política social.

A baixa qualidade dos serviços prestados e a dificuldade de acesso ganham cores mais fortes quando se acrescenta a elas o contraste com o sistema privado de saúde – denominado, pela legislação, de “saúde suplementar” (Lei n. 9656/98). O adjetivo “suplementar”, contudo, não tem se mostrado de todo apropriado, pois a iniciativa privada na saúde muitas vezes oferta cobertura duplicada de serviços, além de não seguir as diretrizes do sistema supostamente suplementado⁸, qual

⁵ CNI-IBOPE. **Retratos da Sociedade Brasileira: Problemas e Prioridades do Brasil para 2014**. Confederação Nacional da Indústria. Brasília. CNI, 2014.

⁶ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 12.

⁷ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados consolidados da saúde suplementar**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>. Acesso em: 24 maio 2016.

Vale acrescentar que, em razão da crise econômica agravada em 2015, a trajetória tornou-se descendente e, em março de 2016, o número havia recuado para aproximadamente 48,8 milhões de beneficiários de planos de saúde.

⁸ BAHIA, L.; SCHEFFER, M. Planos e seguros privados de saúde no Brasil: lacunas e perspectivas da regulamentação. In: HEIMANN, L. S.; IBANHEZ, L. C.; BARBOZA, R. **O público e o privado na saúde**. São Paulo: Hucitec, 2005, p. 167.

seja, o SUS. A realidade é melhor descrita pela metáfora utilizada por Roberto Mangabeira Unger, que afirma existir um “*apartheid* da saúde”⁹ no Brasil. Os dois sistemas – público e privado – coexistem, mas funcionam em lógicas diversas e, não raro, antagônicas.^{10,11}

As dificuldades para estruturar o SUS ilustram a percepção de que outorgar direitos, mesmo na Constituição, nem sempre significa conceder o poder de mudar determinada realidade. Uma série de mecanismos institucionais intermedeia tal relação. Por conseguinte, os direitos sociais conquistados na nova ordem constitucional brasileira geraram e continuam a gerar inevitável demanda de instrumentos para dar-lhes efetividade, pois a proteção social exige atuação estatal ostensiva. Isso porque mesmo a fixação formal de direitos sociais já legitima a busca por alternativas para levá-los a sério e exigir que deixem de ser meros planos nominais para o futuro, afinal, os direitos definem os arranjos institucionais básicos da sociedade¹² e delimitam os ideais socialmente compartilhados.¹³ Assim, os direitos sociais podem e devem ser concretizados mediante o surgimento das condições socioeconômicas para sua aplicação; todavia, paradoxalmente, é comum que o estabelecimento formal de extenso rol de direitos fundamentais seja acompanhado de baixo grau de efetivação desses direitos.¹⁴

Nesse cenário, os governos incapazes de produzir mudanças significativas no *status quo* acabam por convidar outros atores, especialmente o Poder Judiciário,

⁹ UNGER, R. M.. **Fora do ministério, Mangabeira pede para seguir com governo**. Brasília, junho 2009, **Uol notícias**, seção política. Disponível em: < <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2009/06/30/fora-do-ministerio-mangabeira-pede-para-seguir-com-governo-que-ja-chamou-de-corrupto.htm>>

Acesso em: 08 março 2016.

¹⁰ MENICUCCI, T. M. G.. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 292.

¹¹ Para a mesma avaliação, mas em âmbito internacional, conferir: TUOHY, C. *et al.* How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**, Duke University Press, v. 29, n. 3, pp.359-396, 2004, p. 376.

¹² UNGER, R. M.. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1986, p. 21.

¹³ MIGUEL, Luis Felipe. Democracia e sociedade de classes. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 9, 2012, p. 103.

¹⁴ SARLET, I. W.. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 21.

para uma participação mais ativa¹⁵. As consequências podem ser complexas para se lidar, e o contexto atual da saúde pública brasileira é um excelente exemplo, pois a promessa constitucional de direito à saúde tem esbarrado na incapacidade de o SUS – principal arranjo institucional responsável pela implementação das políticas públicas de saúde – ofertar serviços conforme a legítima expectativa da população.

Nesse contexto, no qual o “SUS real” se distancia cada vez mais do “SUS constitucional”, crescem os conflitos alimentados tanto pela frustração das expectativas criadas pelo texto constitucional quanto pela inércia governamental diante desse quadro. Tais conflitos encontraram no *sistema de justiça* espaço receptivo. Assim, na ausência de alternativas mais claras de mobilização política para exigir acesso, os usuários do SUS têm buscado no acesso à justiça a garantia de tratamentos de saúde quando falta o amparo estatal.

Tal fenômeno ficou amplamente conhecido como a *judicialização da saúde*. Ele tem origem nos últimos anos da década de 1990, a partir de demandas de pacientes em busca de tratamento para AIDS¹⁶ e cresceu durante toda a década entre 2001 e 2010, com milhares de demandas por todos os tipos de serviços de saúde prestados pelo SUS: medicamentos, exames, cirurgias, UTI's, materiais, consultas, internações psiquiátricas, entre outros. Tais demandas encontram como réus todos os entes da Federação¹⁷ – União, estados, municípios e o Distrito Federal- e os entes privados que compõem o sistema privado.

Na atual década, as demandas judiciais mantiveram aumento consistente. A título de ilustração, vale mencionar que a gestão federal do SUS alega aumento de 500% entre 2010 e 2014 nas despesas do Ministério da Saúde com ações judiciais para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais. Em 2010, o valor consumido teria sido de R\$ 139,6 milhões,

¹⁵ TSEBELIS, George. Veto Players and Institutional Analysis. **Governance – International Journal of Policy and Administration**, v. 13, n. 04, 2000, p. 465.

¹⁶ BIEHL, J. **Will to live: AIDS therapies and the politics of survival**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007.

¹⁷ SANT'ANA, R. N.. Judicialização da Saúde: oportunidade de desenvolvimento do SUS. In: ASENSI, Felipe *et al* (Coords.). **Direito e Saúde: enfoques interdisciplinares**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 202.

enquanto, em 2014, o gasto teria chegado a R\$ 838,4 milhões. Em todo o período de 2010 a 2014, a soma ultrapassaria R\$ 2,1 bilhões¹⁸. Em estudo técnico publicado em 16 de agosto de 2017, o Tribunal de Contas da União corrobora tais dados e aponta “gastos crescentes, que saltaram de R\$ 70 milhões em 2008 para R\$ 1 bilhão em 2015”.¹⁹

O cenário de expansão das demandas de usuários e das ordens judiciais somado ao seu reflexo na gestão do SUS conduziu à ampliação de debates institucionais e acadêmicos. Nesse contexto, são diversas as críticas à excessiva intervenção judicial na gestão do Poder Executivo, em especial porque é, supostamente, realizada sem critérios e em inobservância às políticas públicas de saúde já estruturadas. De outro lado, a judicialização é vista como positiva por outros tantos juristas, gestores e usuários do SUS, pois estes entendem que ela é instrumento legítimo para dar eficácia material ao direito à saúde, universal e integral, previsto na Constituição Federal de 1988.

Independente da avaliação, positiva ou negativa, que se faça do fenômeno, é importante notar que a persistência da situação de iniquidade e baixa qualidade no acesso aos serviços de saúde conduziu a um contexto de protagonismo do sistema de justiça (Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia) no acesso aos serviços prestados pelo SUS e, inclusive, no debate institucional sobre a condução das políticas públicas de saúde²⁰. Os desdobramentos dessa nova interface entre saúde e justiça são novos desafios postos à democracia brasileira.

¹⁸ COSTA, A.. Em 5 anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais. **Agência Saúde**. Brasília, out 2015. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-acoes-judiciais>
Acesso em: 28 maio 2016.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sumário do acórdão 1787/2017. Julgado em 16/08/2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>
Acesso em: 24 ago. 2017

²⁰ BAHIA, L.. The Brazilian health system between norms and facts: mitigated universalization and subsidized stratification. **Ciência e saúde coletiva**, v.14, n. 3, pp.753-762, 2009, p. 759.

O desafio principal que a judicialização da saúde nos lega, contudo, ainda não foi encarado, seja por seus críticos, seja por seus entusiastas²¹. Trata-se de enfrentar o mais grave problema que o sistema de saúde brasileiro apresenta: a injustiça no acesso aos serviços públicos de saúde. Tal injustiça afeta, sobretudo, os indivíduos e os grupos das classes populares, que são exatamente aqueles que são mais afetados pelos obstáculos de acesso e pelo processo de precarização dos serviços públicos de saúde.

As classes populares sofrem as consequências da reprodução das debilidades no funcionamento das instituições públicas de saúde e a desigualdade socioeconômica da sociedade brasileira. Essa homologia estrutural gera exclusão material das classes populares, a despeito da inclusão formal prevista pelo ordenamento jurídico, pois o compromisso com a igualdade formal perante a lei não desfaz e nem realmente corrige desigualdades²². O duplo movimento de exclusão – na interface público-privado e dentro do próprio SUS – permite afirmar que a universalização do direito à saúde não superou a herança de exclusão das classes populares, ou seja, continuamos a conviver com a “universalização excludente”²³.

Em razão de tal percepção, a presente pesquisa busca evitar os antagonismos sobre a conveniência de se “judicializar” ou “desjudicializar” a saúde, mas sim imaginar: **qual judicialização?** Ou seja, propomos, a partir das ferramentas do direito, a tarefa de imaginar como **aproveitar a judicialização para transformar a realidade de injustiça na saúde** - de forma a reduzir desigualdades e assimetrias de acesso aos serviços públicos de saúde – e colaborar para

²¹ Vale destacar que estamos cientes de que a ampla produção acadêmica acerca da judicialização da saúde não se estabelece de forma maniqueísta, ou seja, apenas com pesquisadores favoráveis ou contrários. A complexidade da questão é tratada com o devido detalhamento no Capítulo IV da tese.

²² UNGER, R. M.. **O direito na sociedade moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p.190.

²³ A expressão é amplamente utilizada entre sanitaristas e pesquisadores do sistema de saúde para se referir à perpetuação dos obstáculos ao acesso à saúde para a população de baixa renda mesmo após a Reforma Sanitária da década de 1980. A construção de tal conceituação é realizada com maior detalhamento em: FAVERET, P.; OLIVEIRA, P. J.. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. **Planejamento e Políticas Públicas**, n° 3, pp. 139-162, 1990, *passim*.

fortalecer o sistema público de saúde²⁴. Trata-se, portanto, de abandonar a dicotomia entre ter mais ou ter menos judicialização e passar a construir a judicialização que seja a melhor para atender às necessidades dos cidadãos *vis-à-vis* as condições do sistema. Compreendemos que tal objetivo pode ser alcançado com a articulação entre as instituições que compõem o sistema de justiça e o sistema de saúde.

Para tanto, assumimos que a interface com as instituições jurídicas não cria apenas problemas ou soluções para o SUS, mas sim oferece instrumento de exercício de cidadania e transformação política que pode estabelecer formas de reconciliar o contraste entre o âmbito das relações pessoais e a política mais ampla voltada à organização institucional²⁵. Nesse contexto, a judicialização saúde pode oferecer uma ponte entre as aspirações e necessidades individuais e a organização estrutural do sistema de saúde.²⁶

Lançado, assim, o contexto geral da pesquisa, passamos a destacar os conceitos mais relevantes para o seu desenvolvimento.

Definições e conceitos centrais

Três definições são centrais para se compreender o contexto da presente pesquisa e seus principais objetivos, acima expostos: i) qual a exata dimensão que a presente pesquisa propõe para o que se convencionou chamar “judicialização da saúde”; ii) qual visão sobre a experiência do direito fundamenta a presente pesquisa, que assume o direito como um “instrumento de transformação social”, ou seja, qual o referencial teórico da tese em direito ora desenvolvida; iii) o que se entende por “classes populares” e como esse conceito se relaciona com as ideias

²⁴ Importante destacar que, embora sejam amplos o interesse e a ênfase no “fortalecimento” dos sistemas de saúde, não há, mesmo em âmbito internacional, um consenso operacional ou definição do exato significado desse fortalecimento. Utilizamos o termo no sentido de busca pela melhoria da qualidade e eficiência dos serviços prestados pelo SUS. Nesse sentido, conferir: SMITH, R. D.; HANSON, K.. What is a ‘health system’? In: **Health Systems in Low- and Middle-Income Countries**, cap. 01. Oxford University Press, 2012, p. 2.

²⁵ UNGER, R. M.. **The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task**. Cambridge/Londres: Verso, 2015, p. 206.

²⁶ Nesse ponto, vale destacar que o direito exerce a função de conciliação entre os aspectos macroestruturais e microestruturais da vida social (Ibidem, p. 207).

de desigualdade e exclusão em uma sociedade de classes. Partimos ao primeiro ponto.

O **primeiro** passo desse esforço conceitual é estabelecer noção ampla do fenômeno da judicialização da saúde, tanto no aspecto institucional quanto no aspecto de concepção e implementação de políticas públicas. No primeiro sentido, é necessário reconhecer que a interlocução do campo da saúde com o do direito não se dá apenas por intermédio do Poder Judiciário e, por conseguinte, dos magistrados, como o termo “judicialização” pode sugerir. De fato, a participação do Judiciário na construção e controle das políticas públicas já é tradicionalmente reconhecida no direito e há muito avaliada no âmbito acadêmico²⁷. A interlocução, contudo, é mais plural. O ordenamento jurídico estabelece diversos atores²⁸, estatais e não-estatais, com a responsabilidade de atuar pela garantia dos direitos de proteção social. Nesse contexto se encontram todas as instituições – e respectivos servidores – que compõem as denominadas “funções essenciais à justiça” previstas no capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, entre os artigos 127 e 134, quais sejam: Ministério Público²⁹, Advocacia (privada e pública³⁰) e Defensoria Pública³¹. De fato, todos os atores citados atuam efetivamente na interface do campo jurídico com a saúde. Por tal razão, pesquisadores que se dedicam ao tema afirmam que seria mais adequado se falar em *juridicização da saúde*³². Em que pese o referido termo possa ser semanticamente mais adequado,

²⁷ REGONINI, Gloria. **Capire le politiche pubbliche**. Bologna: il Mulino, 2001, p. 345 *et seq.*

²⁸ Os *atores* são indivíduos, grupos ou organizações que desempenham, de forma dinâmica, papel na arena política e, quando relevantes, podem influenciar, de forma direta ou indireta, o conteúdo e os resultados de determinada política pública (SECHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 77).

²⁹ Sobre a atuação do Ministério Público no contexto da Judicialização da Saúde conferir: ASSENSI, Felipe. **Indo além da judicialização**: o Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010.

³⁰ Sobre a visão da advocacia pública federal, conferir: SANTOS NETO, Elias Higino dos; CASTRO, Gabriela Moreira (Coords.). **Direito Sanitário**: manifestações atuais e visão crítica de advogados de Estado. Brasília: Kiron, 2012.

³¹ Sobre a atuação da Defensoria na judicialização da saúde, conferir: SANTANA, R. N. **A relevante atuação da Defensoria Pública no Desenvolvimento do SUS**. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_15B.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.

³² ASSENSI, F. D.. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, pp. 33-55, 2010.

é a referência à “judicialização da saúde”, expressão consagrada no debate institucional e acadêmico, que concentra o conjunto de ideias, críticas e iniciativas sobre a interface entre saúde e justiça. A tese não irá se deter nessa questão semântica, pois o foco é a reorientação programática e institucional desse campo de pesquisa. Se a intenção, portanto, é apresentar um novo rumo para a ideia de judicialização da saúde, esse novo projeto, por sua vez, requer a reinvenção da ideia preexistente.³³

No aspecto de concepção e implementação de políticas públicas, é essencial considerar que o escopo de atuação do sistema de justiça vai além da atividade adjudicativa. Embora ordens judiciais possam afetar diretamente o ciclo de políticas públicas³⁴, provocando desde o abandono de uma agenda até a extinção de determinada política; o potencial de atuação do sistema de justiça é mais amplo. A partir do estímulo que os problemas públicos oferecem – e nesse contexto as políticas sociais são especialmente sensíveis³⁵ –, os atores do sistema de justiça passam a atuar em várias das fases que compõem o processo de elaboração de políticas públicas. Essa atuação ampliada é necessária, pois os processos que determinam as políticas públicas necessitam de estruturas de intermediação institucionalizadas capazes de filtrar problematizações e alternativas³⁶. Os atores do sistema de justiça podem, portanto, agir como intermediários “capazes de transgredir as ‘fronteiras’ admitidas entre os diferentes campos e/ou os diferentes grupos envolvidos, de traduzir assim as reivindicações dos atores em alternativa confiável de política pública e de controlar, enfim, a aplicação efetiva”³⁷. Em suma,

Em sentido semelhante, conferir: POLAKIEWICZ, R. R.; TAVARES, C. M.. Judicialização, Juridicização e mediação sanitária: reflexões teóricas do direito ao acesso aos serviços de saúde. **Revista Pró-UniverSUS**, v. 8, n. 1, 2017.

³³ UNGER, R. M. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009, p. 149.

³⁴ Leonardo Sechi esclarece que existem várias versões desenvolvidas para explicar o ciclo de políticas públicas (*policy cycle*) ou processo de elaboração de políticas públicas (*policy-making process*), mas destaca sete fases principais: identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação, extinção. Tais fases geralmente se misturam e as sequências se alteram na dinâmica real (SECHI, L.. **Políticas Públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 33).

³⁵ REGONINI, Gloria. **Capire le politiche pubbliche**. Bologna: il Mulino, 2001, p. 346.

³⁶ MULLER, Pierre; SUREL, Yves. **A análise das políticas públicas**. Pelotas: Educat, 2002, p. 87.

³⁷ Ibidem, p. 91.

a Judicialização da Saúde deve ter sua compreensão ampliada de forma a reconhecer o espaço de intermediação de diversos interesses no qual agem magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, advogados, entre outros. Esses atores funcionam como agentes políticos que buscam compatibilizar interesses e minimizar conflitos no âmbito das políticas públicas.³⁸

O **segundo** passo conceitual complementa o anterior. Isso porque a proposta de leitura ampliada da judicialização da saúde depende de uma visão avançada sobre o próprio direito e sua relação com a sociedade e suas instituições. Afirmamos que as pretensões da presente pesquisa estão calcadas na assunção de que é possível imaginar e colocar em prática novos arranjos institucionais que aproveitem o potencial transformador do direito em prol da efetiva melhoria dos serviços de saúde ofertados pelo SUS. Para compreender de forma coerente tais relações é que no serviremos da proposta de *experimentalismo democrático* de Roberto Mangabeira³⁹ como referencial teórico.

O referido autor, em seu projeto de experimentalismo democrático, observa o direito como ferramenta de imaginação de instituições aptas à alteração de estruturas sociais⁴⁰. Nesse sentido, os direitos fundamentais (como a saúde) exercem o papel de “garantir às pessoas os equipamentos políticos, econômicos e culturais de que elas precisam para se levantar, progredir e se relacionar”⁴¹. O diferencial marcante dessa visão é que ela “deixa de lado a retórica que marca o discurso desse conjunto de prerrogativas, outorgando ao direito papel concreto, pragmático, opondo eficácia a padrões metafísicos de justiça”.⁴²

³⁸ Conferir: GURGEL, I. G. D. **A pesquisa científica na condução de políticas de controle de doenças transmitidas por vetores**. 2007. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, 2007, pp. 50, 107 e 154.

³⁹ Para um resumo da proposta de experimentalismo democrático de Mangabeira Unger conferir: Unger, R. M. **Democracia Realizada: a alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo; 1999, pp. 13-31.

⁴⁰ UNGER, R.. **What Should Legal Analysis Become?** Londres/Nova Iorque: Verso, 1996, p. 129.

⁴¹ Conferir a quarta tese progressista de Unger em: UNGER, R. M.. **Democracia Realizada: a alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo; 1999, p. 210.

⁴² GODOY, A. S. de M.. **Democracia Radical & Experimentalismo Democrático: comentários ao sumário de teses progressistas de Roberto Mangabeira Unger**. Barueri, SP: Editora Manole, 2008, p. 24.

Unger tece contundente crítica ao fato de o potencial apresentado pelo direito, em razão de apego ao formalismo jurídico, ter se restringido a enunciação de direitos e definição de sua interpretação⁴³. Segundo o autor, o desenvolvimento do direito no século XX deveria ter levado a um *experimentalismo institucional*, ou seja, à busca de formas alternativas de organizar a economia de mercado, o Estado democrático e a sociedade civil⁴⁴. O direito, todavia, não avançou no terreno da construção de suas formas institucionais, ou seja, das instituições que devem concretizar tais direitos. Ele teria permanecido preso a um *fetichismo institucional*, que pressupõe que “o Direito, tal como presentemente conhecido, seria o resultado de uma evolução, espelhando e qualificando as melhores instituições que se poderia imaginar”⁴⁵. Ao assim cultivar o passado, o direito se confina no presente.

Tal situação tem reflexos claros no direito constitucional e em sua interpretação, bem como na nossa prática jurídica. A metodologia dominante no direito constitucional – que espera que um juiz extraia racionalmente princípios que supostamente refletiriam valores consensuais da sociedade brasileira – é mais um problema do que uma solução⁴⁶. A tentativa frustrada de reduzir o grau de indeterminação dos direitos constitucionais a partir de exercícios interpretativos meramente semânticos obsta a tarefa criativa de imaginar formatos institucionais alternativos.⁴⁷

A abordagem proposta por Unger valoriza a imaginação e a experiência em detrimento da interpretação ensimesmada do direito. Apresenta, portanto, especial significado para a concretização do direito à saúde previsto em nossa Constituição, pois um projeto de transformação do SUS exigiria, nessa perspectiva, a construção

⁴³ UNGER, R. M.. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo; 2004, p. 141.

⁴⁴ TEIXEIRA, C. S.; CHAVES, V. P.. Transformação Estrutural e Direito Constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, pp. 91-109, 2011, p. 100.

⁴⁵ GODOY, A. S. de M.. **Direito & Utopia em Roberto Mangabeira Unger: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 205-6.

⁴⁶ Nesse sentido, já na década de 1970, Unger apontava que “os princípios pelos quais o jurista moderno pretende justificar suas interpretações da lei tendem a ser tão abstratos que se tornam ininteligíveis, ou parecem tentativas de manipular todas as regras de modo a favorecer preferências arbitrárias de determinados grupos de interesse” (Unger, R. M. **O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 219).

⁴⁷ TEIXEIRA, C. S.; CHAVES, V. P.. Transformação Estrutural e Direito Constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 91-109, 2011, p. 106.

de alternativas institucionais específicas para as políticas públicas de saúde. Esse processo de construção deve fomentar – e analisar – experiências institucionais inovadoras já existentes ao tempo em que se permite imaginar novos formatos institucionais como o próximo passo. A construção de alternativas institucionais e o papel do direito nesse processo é bem resumido por Unger no seguinte trecho:

Quando começamos a explorar modos de assegurar as **condições práticas do gozo efetivo de direitos**, descobrimos que, a **cada passo, há modos alternativos plausíveis de definir essas condições, e aí, uma vez definidas, de as satisfazer**. Para cada direito de escolha, individual ou coletivo, há concepções plausíveis diferentes das suas condições de realização efetiva na sociedade, tal como ela é organizada hoje. Para cada concepção dessas, existem diversas estratégias plausíveis para preencher as concepções especificadas.⁴⁸ (grifo nosso)

A imaginação prática de alternativas institucionais permite, portanto, reconhecer que a judicialização da saúde é uma “oportunidade de transformação”⁴⁹ institucional do SUS.

Além das importantes ferramentas conceituais resumidamente expostas acima, a proposta de Unger também oferece instrumentos metodológicos para sua proposta de revisão da prática jurídica. Trata-se do método de *mapeamento e crítica*⁵⁰ com o qual Unger pretende enfrentar o “conflito entre o compromisso com a definição de ideais e a resignação a estruturas que frustram a realização desses ideais ou empobrecem o seu significado”⁵¹. Vale sublinhar, é exatamente o conflito o que está no centro do debate sobre a judicialização da saúde.

Para Unger, o **mapeamento** é a atividade de exploração da estrutura institucional da sociedade em seus detalhes, conforme juridicamente definida⁵². No segundo momento, a **crítica**, a tarefa é de explorar a desarmonia entre os “ideais sociais professados e os compromissos programáticos da sociedade” e entre os

⁴⁸ UNGER, R. M.. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 44.

⁴⁹ UNGER, R. M.. **Democracia Realizada**: a alternativa progressista. São Paulo: Boitempo; 1999, p. 24. Fazemos referência à expressão utilizada por Unger, com a ressalva que não foi cunhada especificamente para referir-se à judicialização da saúde, mas para um contexto mais abstrato.

⁵⁰ Para uma exposição completa, conferir: UNGER, R.. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 159-165.

⁵¹ Ibidem, p. 159.

⁵² Ibidem, p. 160.

interesses reconhecidos e as estruturas institucionais que constroem o seu significado⁵³. A tarefa do mapeamento é permitir ao observador retratar as instituições para além do que as normas e a doutrina jurídica definem e, a partir daí, permitir a análise crítica da maneira pela qual as concepções ideais acabam comprometidas quando da sua realização e empobrecidas pelas formas institucionais convencionalmente aceites⁵⁴. A partir dessa dinâmica, mapeamento e crítica formam uma unidade dialética, pois perfazem os momentos da mesma prática.⁵⁵

A **terceira** definição central que propomos diz respeito à íntima relação entre desigualdade – pensada amplamente nos aspectos socioeconômicos, culturais e políticos – e classe social⁵⁶. A compreensão dessa afinidade é pressuposto para entender a assimetria de acesso de expressiva parcela da população aos serviços de saúde. A esse estrato social marginalizado os estudos sociais e políticos atribuem diversos termos: classe dominada⁵⁷, classe trabalhadora/operária⁵⁸ ou trabalhadores⁵⁹, classes desfavorecidas⁶⁰, classes populares⁶¹, classes mais modestas⁶², o povo excluído⁶³, entre vários outros. O uso dos referidos termos

⁵³ Ibidem, p. 162.

⁵⁴ Ibidem, p. 163-164.

⁵⁵ Ibidem, p. 164-165.

⁵⁶ Para fins dessa pesquisa, pressupõe-se que a sociedade é dividida em classes sociais, que, por sua vez, representam a persistência da organização hierárquica da vida social. Tal organização é caracterizada pela existência de grupos de pessoas com acentuado desnível de acesso ao poder econômico, político e cultural, bem como por possuírem divergentes características sem sua forma de consciência e de vida (UNGER, R. M. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009, p. 42-43). Vale acrescentar que o conceito de classes populares doravante desenvolvido é coerente com o referencial teórico adotado, uma vez que, Roberto Mangabeira Unger, embora não tenha adotado expressamente esse conceito na construção de sua teoria social, reconhece a existência no sistema social de ao menos quatro principais classes, cuja base é preenchida por uma *underclass* (Idem, p. 45).

⁵⁷ SOUZA, J.. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 60.

⁵⁸ UNGER, R. M. **O que a esquerda deve propor**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008, p. 9.

⁵⁹ MIGUEL, Luis Felipe. Democracia e sociedade de classes. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 9, 2012, p. 110.

⁶⁰ PEUGNY, Camille. **O destino vem do berço? Desigualdades e reprodução social**. Campinas/SP, Papirus Editora, 2014, p. 25.

⁶¹ Ibidem, p. 25.

⁶² RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. São Paulo, Boitempo, 2014, p.36.

⁶³ UNGER, R. M.. **Democracia realizada: a alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo, 1999, p. 94.

ocorre tanto de forma retórica como de forma qualificada (conceitual) e serve a diversas finalidades. Dentre tais finalidades, a presente pesquisa busca as descrições e as reflexões sobre as causas das assimetrias de acesso aos bens e ao controle de recursos materiais e imateriais (políticos e culturais) no contexto da sociedade brasileira. Nesse sentido, é adotado o conceito de “**classes populares**” que ganhou densidade nas pesquisas lideradas pelo sociólogo brasileiro Jessé Souza⁶⁴. Os estudos empreendidos pelo referido autor e seu grupo de colaboradores são muito úteis à presente pesquisa, por veicularem abordagem objetiva das condições de formação e perpetuação de uma subclasse no Brasil sem confundi-las com as diversas consequências de se pertencer a essa subclasse: exposição à desigualdade e à exclusão.

As classes populares formam o contingente de cerca de 2/3 da população brasileira e dividem-se, basicamente, em dois segmentos principais: os *batalhadores* – caracterizados por buscarem trabalhar, se capacitar e densificar sua subjetividade⁶⁵ – e a *ralé estrutural*, que perfaz o “núcleo duro da pobreza”⁶⁶. A *ralé estrutural* corresponde a metade desse grupo, ou seja, aproximadamente 1/3 da atual população brasileira, que segue condenada a “uma vida marginal nas dimensões existencial, econômica e política”⁶⁷. Nas classes populares – e mais intensamente na *ralé* – encontramos pessoas submetidas a uma socialização deficiente, que não conseguem reproduzir adequadamente o “*habitus*”⁶⁸ dominante na sociedade brasileira moderna (“*habitus* primário”). Dessa forma, do ponto de

⁶⁴ Os estudos de Jessé Souza sobre as classes populares no contexto brasileiro têm seu primeiro passo consistente na obra *A Construção Social da Subcidadania* e seguiram sendo desenvolvidos nas obras *A ralé brasileira: quem é e como vive* e *Os batalhadores do Brasil: nova classe média ou nova classe batalhadora?*, dentre outras.

⁶⁵ UNGER, R.M.. Prefácio. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Os batalhadores do Brasil: nova classe média ou nova classe batalhadora?** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010, p. 10 *et seq.*

⁶⁶ Ibidem, p. 11.

⁶⁷ SOUZA, J.. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 179.

⁶⁸ Esse conceito de Pierre Bourdier é bem sintetizado por Jessé Souza: “O *habitus* seria um sistema de estruturas cognitivas e motivadoras, ou seja, um sistema de disposições duráveis inculcadas desde a mais tenra infância que pré-molda possibilidades e impossibilidades, oportunidades e proibições, liberdades e limites de acordo com as condições objetivas”. Este tipo de consenso pode permitir, para além da eficácia jurídica, a construção de acordos implícitos que constroem, por exemplo, a percepção de que no Brasil algumas pessoas estão acima da lei e, outras, abaixo dela. (Ibidem, 2012, p. 45 e 175).

vista cultural e político, não reproduzem os comportamentos razoáveis e não atendem adequadamente às expectativas advindas do senso comum⁶⁹. Na economia, não ocupam “papéis fundamentais para as funções produtivas essenciais” e sobrevivem “nos interstícios e nas ocupações marginais da ordem produtiva”⁷⁰. Em suma, as classes populares se caracterizam por um “*habitus* precário”⁷¹, entendido como um conjunto de comportamentos e tipos de personalidade que não atendem às expectativas objetivas para que determinado indivíduo ou grupo social “possa ser considerado produtivo e útil em uma sociedade do tipo moderno e competitivo, podendo gozar de reconhecimento social com todas as suas dramáticas consequências existenciais e políticas”.⁷²

Tais condições e características conduzem à exclusão – em maior ou menor grau – de toda essa (sub)classe das duas principais “fontes morais” que fundamentam o funcionamento da sociedade moderna: a dignidade do trabalho útil e a expressão da própria personalidade individual. Por conseguinte, são sonegadas a essas pessoas a realização concreta do ideal de igualdade e o exercício efetivo da liberdade de ação individual⁷³. Mesmo os indivíduos que escapam a essa realidade e, assim, alcançam algum grau de mobilidade social, são vistos como produto de seus próprios méritos e habilidades⁷⁴, o que reforça a legitimidade desse processo. O ancoramento institucional desse esquema, ou seja, a reprodução

⁶⁹ Ibidem., p. 46.

⁷⁰ Ibidem, p. 121.

⁷¹ O conceito de *habitus precário* abordado por Jessé Souza se aproxima, no direito, da interpretação que se faz sobre a *marginalização*, identificada na Constituição como um mal que deve ser erradicado pela República Federativa do Brasil, conforme artigo 3º, inciso III. Nesse sentido, Jefferson Guedes esclarece que “marginalização e marginalidade são expressões polissêmicas, embora predominantemente associadas à pobreza, mas que se refletem sobre a inserção social, cultural e econômica, caracterizando-se como uma fuga do *ideal tipo*, demarcado pelo pertencimento a certo grupo social, certa cultura ou certo estamento econômico” (GUEDES, J. C. **Igualdade e desigualdade**: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 195.)

⁷² SOUZA, J., op. cit., p. 168.

⁷³ SOUZA, J.. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2011, p. 119.

⁷⁴ WILKINSON, R.; PICKETT, K.. **O nível**: Porque uma sociedade igualitária é melhor para todos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 87.

silenciosa da desigualdade no seio das instituições de nossa sociedade, conduzem à definição de quem é ou não é gente – os cidadãos plenos e os subcidadãos⁷⁵.

Retornando ao âmbito da saúde, essa leitura social crítica possibilita compreender os mecanismos que permitiram no passado e continuam a permitir hoje a “naturalização” da organização de instituições que, de um lado, ofertam serviços de saúde de primeira qualidade para as classes privilegiadas⁷⁶ e, de outro, serviços de segunda qualidade para as classes populares.⁷⁷

Essa leitura ampliada, que envolve compreensão das condições de classe, da exclusão e da desigualdade, é mais adequada para lidar com o atual ordenamento jurídico, pois está superada a visão antes hegemônica no direito de que a desigualdade era apenas a pobreza baseada em renda. Atualmente, recebe também consideração pelo ordenamento jurídico uma série de outros fatores⁷⁸. A própria Constituição Federal lida com a desigualdade sob variados aspectos⁷⁹. Assim, oferece-se para um termo polissêmico e impreciso o tratamento complexo e multidimensional que ele exige.

⁷⁵ SOUZA, J., 2012, op. cit., p. 181.

⁷⁶ A pesquisa não guardará, para a designação das classes privilegiadas, o mesmo rigor conceitual que se intenta para as classes populares, motivo pelo qual o estudo utilizará como recurso retórico os termos classes privilegiadas, elites, ricos, classes abastadas, entre outros, como sendo a parcela da sociedade com acesso privilegiado aos bens materiais e imateriais. A depender do contexto abordado, a pesquisa poderá expressar critério específico de distinção do grupo dito privilegiado. É evidente, por outro lado, que a definição conceitual das classes populares também dá alguma densidade ao que se entende por grupos privilegiados. Nesse sentido, Jessé Souza aponta como principal característica da elite o domínio de um “*habitus* secundário”, que tem a ver com o limite do “*habitus* primário” para cima, ou seja, se expressa como uma fonte de reconhecimento e respeito social que pressupõe a generalização do “*habitus* primário” e a formação de critérios de distinção social (Idem, p. 168).

⁷⁷ SOUZA, J.. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2011, pp. 24-25.

⁷⁸ Tais fatores são bem exemplificados por Jefferson Guedes: “a origem ou a presença em certas regiões geográficas, o acesso ou não a direitos, a oferta ou não de oportunidades, a fragilidade em relação a certos elementos físicos e intelectuais individuais, aspectos culturais ou sociais, a vulnerabilidade, deficiência ou desvantagem, a discriminação, a desequiparação e a diferença relacionada a fatores adquiridos ou inatos” (GUEDES, J. C.. **Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 182).

⁷⁹ Jefferson Guedes aponta a existência de ao menos 16 (dezesseis) aspectos de desigualdade no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição, por exemplo, dispõe sobre pobreza e marginalização (art. 3º, III), deficiência (art. 7º, XXXI, entre outros), desequilíbrio (art. 146-A) e discriminação (art. 5º, XLI). Cf.: Idem, p. 183-196.

Feitas as considerações conceituais centrais para o desenvolvimento da pesquisa, merece registro que, em relação a outras expressões, o rigor conceitual da pesquisa é menor. Isso se deve ao fato de algumas expressões serem utilizadas no debate acadêmico quase como sinônimos, como é o caso de expressões como “SUS”, “saúde pública” ou “políticas públicas de saúde”. Embora tais expressões não guardem rigorosamente o mesmo sentido, muitas vezes iremos mencionar qualquer uma delas – ou outras similares – para nos referirmos à atuação estatal no planejamento e oferta de serviços públicos de saúde à população. Procedimento semelhante adotamos quando a intenção for mencionar o escopo mais amplo das políticas sociais típicas do *Welfare State*. Logo, expressões como “proteção social”, “direitos sociais”, “seguridade social”, entre outras, também podem ser utilizadas no mesmo sentido. Por fim, para as referências ao sistema suplementar de saúde, previsto na Lei nº 9.961/2000, lançaremos mão também de expressões como “saúde privada”, “sistema privado”, “oferta privada”, “assistência privada”, “setor privado”, “planos e seguros privados”⁸⁰. Embora cientes de que a assistência privada possui modalidades diversas, a pesquisa não analisa as características e dimensões internas a essa seara.⁸¹

Contextualizações específicas

A partir do referencial teórico adotado, reconhecer o potencial da judicialização da saúde para transformação institucional do SUS demanda as ferramentas para explorar as possibilidades de *imaginação institucional*. Tal instrumental teórico repousa particularmente em dois aspectos: de um lado, na “prática de análise jurídica e econômica que leva a sério as coações e alternativas institucionais” e, de outro, na “percepção mais ampla da sociedade e da história”⁸².

⁸⁰ Em toda situação, contudo, será resguardada a devida diferenciação entre a atuação da instituição privada como prestadora de serviço ao SUS, integrando, assim, de forma complementar o sistema público e a atuação no mercado privado da saúde - que caracteriza o sistema suplementar.

⁸¹ Para uma avaliação ampla da formação e organização da assistência privada à saúde, conferir: MENICUCCI, T. M. G.. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

⁸² UNGER, R. M.. **Democracia Realizada: a alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo; 1999, p. 20 (grifo nosso).

Nesse sentido, a pesquisa promove contextualizações específicas voltadas à compreensão da saúde brasileira e da judicialização da saúde, quais sejam: i) análise do modelo de saúde brasileiro, especialmente sob seus aspectos de organização jurídico-institucional e financiamento; ii) a exposição das principais distorções encontradas no sistema de saúde brasileiro: o subfinanciamento e a injustiça no acesso à saúde; iii) a comparação dos aspectos centrais do modelo de saúde brasileiro em perspectiva com outros países, notadamente os Estados Unidos; iv) contextualização histórica da construção do sistema de saúde nacional, a partir da avaliação dos problemas de exclusão das classes populares, segmentação do cuidado e precarização dos serviços públicos; v) contexto político que possibilita a perpetuação das condições historicamente verificadas; vi) as condições de surgimento e desenvolvimento da judicialização da saúde no Brasil; vii) o debate institucional e acadêmico sobre a judicialização da saúde; e, por fim, viii) a análise de experiências institucionais inovadoras concebidas na interface fecunda entre direito e saúde.

No bojo de cada uma dessas contextualizações, buscaremos, ao longo da tese, realizar o mapeamento de cada contexto e, em seguida, sua avaliação crítica. O produto dessa dialética servirá, a cada nova abordagem, como um elemento de ampliação de nossa percepção e capacidade analítica.

A **primeira** contextualização proposta se volta para a atual organização institucional da saúde brasileira, vista a partir de suas premissas jurídicas e de suas bases de financiamento. Nesse ponto, é essencial abordar como as diretrizes constitucionais conformam as instituições responsáveis pelos serviços de saúde, bem como compreender os aspectos da interação – e das contradições – entre o sistema público e o sistema privado.

A **segunda** contextualização é uma avaliação crítica do mapeamento feito na primeira, pois pretende-se avaliar o descompasso entre o modelo previsto na Constituição e a realidade que se encontra na prática institucional. Inicialmente, demanda nossa atenção o persistente problema de subfinanciamento do SUS e as perspectivas de desfinanciamento em razão das regras do “Novo Regime Fiscal”.

Ademais, apontamos as contradições da persistência desse problema em vista do crescimento das isenções fiscais garantidas aos consumidores da saúde privada e os benefícios de saúde ofertados a determinadas corporações de servidores públicos.

Em um segundo momento, nos voltamos para problema ainda mais grave: a injustiça enraizada na saúde brasileira. Desdobramos a análise dessa questão em duas perspectivas: o “*apartheid* da saúde” e a má-fé institucional na saúde pública. A primeira perspectiva tem a ver com o desnível de acesso e qualidade de serviços encontrado entre os usuários do SUS e os consumidores de planos de saúde. A segunda tem a ver com a assimetria de tratamento às classes populares mesmo no âmbito do SUS, situação que se identifica tanto na concepção quanto na implementação das políticas públicas. O conjunto dessa análise permite inferir que o ideal de universalização que guiou a concepção do SUS foi desvirtuado ao ponto de convivermos com a universalização excludente.

A **terceira** contextualização se dá a partir da comparação com o modelo de outros países na construção da relação entre público e privado na organização da oferta do serviços de saúde e na composição do financiamento. A partir de tal mapeamento mais amplo, voltamos a atenção à comparação com o sistema de saúde dos Estados Unidos da América (EUA), tendo em vista as semelhanças políticas e sociais entre os dois países⁸³. Tais afinidades acabam por se refletir na organização e nos resultados dos respectivos sistemas de saúde. Tal comparação permite identificar a contradição entre o modelo de saúde adotado como política pública – que prevê sistema de acesso universal e igualitário – e o plano institucional e econômico – que expõe um processo de “americanização” da saúde brasileira. Tal processo se consubstancia na adoção gradual de um modelo de saúde segmentado e com preponderância do mercado privado na oferta dos serviços de saúde à população.

⁸³ Na condução da comparação proposta, buscamos destacar apenas aspectos centrais que sejam úteis à avaliação do contexto brasileiro. Temos, assim, em mente a contingência metodológica de que “é aplainando as particularidades que a generalização pode seguir em seu caminho” (UNGER, R. M.. **O direito na sociedade moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 31).

A **quarta** contextualização parte da percepção de que o processo de exclusão material das classes populares não é um ineditismo das últimas três décadas. A persistência das assimetrias de acesso, mesmo após a concepção do SUS, representa mais um capítulo da profunda desigualdade social brasileira, que encontra na saúde uma de suas expressões mais contundentes. Nesse sentido, a pesquisa avança para avaliar como “o peso das escolhas passadas”⁸⁴ estabeleceu na saúde uma estrutura segmentada que comprometeu a implementação da Reforma Sanitária concebida na década de 1980. A partir de tal abordagem histórica pretende-se compreender como os elementos – jurídicos, sociais, políticos – se “ajustam uns aos outros”⁸⁵ ao longo do tempo e, mesmo em diferentes contextos, a exclusão das classes populares é redesenhada a cada novo passo do processo de estruturação dos serviços de saúde no Brasil.

A percepção de que há persistente traço de exclusão na formação do sistema de saúde brasileiro, mesmo sob a égide da Constituição de 1988, pode se tornar convite para abraçar o determinismo histórico e se render à “ditadura da falta de alternativas”⁸⁶. Para não incorrer em tal equivoco é que se propõe avançar para uma **quinta** contextualização, com abordagem voltada à compreensão das condições políticas que permitem a perpetuação desse quadro de desigualdade acentuada e persistente. Para tanto, pretende-se estudar a relação entre desigualdades socioeconômicas e desigualdades políticas, bem como as consequências dessa interface para o exercício pleno da cidadania pelas classes populares nos regimes democráticos. Ao final, objetiva-se que a soma das referidas perspectivas permita compreender o seguinte drama sócio-político da democracia brasileira: a principal “arma” contra a desigualdade social é a postura política ativa, contudo, a privação

⁸⁴ DELGADO, I. G.. Saúde e indústria farmacêutica: apontamentos para uma análise comparativa entre Brasil, Argentina e Grã-Bretanha. In: COHN, A. (Org.). **Saúde, cidadania e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado, 2013, p. 39.

⁸⁵ UNGER, R. M., op. cit., p. 24.

⁸⁶ A falta de alternativas no cenário político para os principais desafios da sociedade é questão que atormenta Roberto Mangabeira Unger, que, em sua proposta experimentalista, defende a existência de uma pluralidade de alternativas institucionais que podem fazer coincidir condições de progresso prático e a emancipação do indivíduo. Para maior compreensão dessa proposta, conferir: GODOY, A. S. de M.. **Direito & Utopia em Roberto Mangabeira Unger: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 106-110 e 256-296.

material mina os recursos básicos para a ação política. Esse círculo vicioso determina a persistência das assimetrias sociais e a reprodução social da pobreza, com todos os seus desdobramentos no campo da saúde. A inércia governamental em face dessa situação, conforme destacaremos, põe em xeque a própria legitimidade e o desenvolvimento de nosso regime democrático.

A **sexta** contextualização proposta se volta para a própria gênese da judicialização da saúde. O objetivo é compreender as condições de surgimento e de desenvolvimento da judicialização da saúde no Brasil, bem como avaliar em que medida esse processo se relaciona com os contextos anteriormente descritos: *apartheid* da saúde; má-fé institucional e assimetria de acesso das classes populares; processo histórico de formação do sistema de saúde; e condições políticas de reprodução do quadro de desigualdade. A pesquisa assume que o surgimento, no fim da década de 1990, das primeiras demandas judiciais por acesso a serviços e produtos de saúde tem forte vinculação com o descompasso entre o “SUS real” e o “SUS constitucional”. Em um passo seguinte, apontamos que tal descompasso, em verdade, é causa central para o acentuado crescimento que a judicialização da saúde tem apresentado.

Ocorre que a percepção acima exposta, por variadas razões, não é compartilhada. Os estudos acadêmicos e pesquisas sobre a judicialização da saúde tendem a não considerar o escopo mais amplo do uso da judicialização da saúde ao restringirem o foco à assistência farmacêutica⁸⁷. Ao mesmo tempo, as críticas ao “excesso” de judicialização têm ganhado corpo, contudo, comumente tomam como

⁸⁷ Conferir OLIVEIRA, M. R. M *et al.*. Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas? **Saúde debate [online]**, v.39, n.105 [cited 2016-06-19], pp. 525-535, 2015. Resultado semelhante pode ser conferido em: BITTENCOURT G. B. O “Estado da Arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 5, n.1, pp. 102- 121, jan./mar 2016.

exemplo apenas casos de demandas por medicamentos de alto custo⁸⁸ ou até procedimentos médicos a serem realizados no exterior.⁸⁹

O debate acima exposto aponta a necessidade de avançarmos para uma **sétima** contextualização, desta feita, voltada para os debates institucional e acadêmico acerca da judicialização da saúde. Ambos estão aquém da complexidade que esse fenômeno possui e, além disso, dificilmente se voltam para o potencial de transformação institucional que a judicialização apresenta no contexto da saúde brasileira. A questão é grave, pois estamos cientes do papel legitimador que a ciência assumiu sobre a ordem social moderna⁹⁰ e, portanto, a produção científica limitada ou enviesada nesse campo dispersa a energia necessária para as transformações políticas, sociais, jurídicas e institucionais possíveis. Assim, buscaremos avaliar os pontos de interesse, o foco adotado, as bases empíricas dos estudos, bem como a leitura que se faz sobre a importância e o papel que a judicialização cumpre (ou pode cumprir) no cenário da saúde brasileira. Tal avaliação permitirá formular críticas e propostas para que a pesquisa acadêmica – tanto no âmbito do direito quanto no escopo mais amplo das ciências sociais e da saúde – possa contribuir para uma abordagem mais “transformadora e solidária”⁹¹ da judicialização da saúde.

A avaliação da produção científica permite compreender os ideais e interesses em jogo e imaginar alternativas, contudo, não é suficiente para propor

⁸⁸ Essa tendência foi identificada e relatada em estudo de SANT’ANA, R. N; FREITAS FILHO, R.. O direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Direito Público**, v. 12, n. 67, pp. 70-102, maio 2016, p. 74-76.

⁸⁹ Importantes exemplos são as produções acadêmicas de Octavio Motta Ferraz e Daniel Wang, cuja orientação central pode ser observada em artigo para a Folha de São Paulo. Conferir: FERRAZ, O. L. M.; WANG, D. W. L.. As duas portas do SUS. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 jun. 2014. Tendências e Debates. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2014/06/1472761-octavio-ferraz-e-daniel-wang-as-duas-portas-do-sus.shtml#> = Acesso em: 20 jun. 2016.

⁹⁰ SOUZA, J.. **A tolice da inteligência brasileira**. São Paulo: LeYa, 2015, pp. 17-18.

⁹¹ Em sua proposta de Experimentalismo Democrático, Unger afirma sempre existirem caminhos diferentes para definir e defender interesses de grupos. Simplifica a questão ao registrar que há caminhos “conservadores e excludentes” e alternativas “transformadores e solidários”, os primeiros sempre mais atraentes e aparentemente seguros (UNGER, R. M.. **Democracia Realizada**: a alternativa progressista. São Paulo: Boitempo, 1999, pp. 17-18). A percepção inicial da pesquisa é que a produção acadêmica está se direcionando para esse caminho conservador e excludente e, assim, contribuindo para a legitimação e perpetuação do “apartheid da saúde” no Brasil.

mudanças efetivas. À abordagem especulativa deve se somar a pesquisa empírica sobre os **arranjos institucionais já existentes** que nasceram da fértil interface entre direito e saúde. Essa é a **oitava** contextualização proposta. Nesse sentido, pretendemos avaliar: i) a atuação em âmbito nacional do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio de seu “Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde” ⁹²; ii) arranjos institucionais inovadores que têm promovido a articulação entre as necessidades individuais dos usuários do SUS e as estruturas de gestão do sistema.

O desenvolvimento da pesquisa, passo a passo, na forma acima proposta, permitirá cotejar os aspectos jurídicos e institucionais da judicialização da saúde e suas consequências para a sociedade brasileira – a quem tanto preocupa o atual formato do sistema de saúde. A partir de tais avanços e da observação qualificada dos arranjos institucionais existentes, nos permitimos imaginar toda extensão das oportunidades abertas pela judicialização para o desenvolvimento da saúde brasileira e acesso efetivo das classes populares aos seus serviços.

Delimitação e aspectos da pesquisa

O Brasil vive um *apartheid* na saúde que reflete e reforça a clivagem entre as classes sociais. A desigualdade de renda tem papel importante para a exclusão verificada, mas não é o único elemento. A má-fé institucional, dentro do próprio SUS, reproduz no seio dos serviços públicos de saúde desigualdades presentes na sociedade. A perpetuação desse quadro social tem razões econômicas, mas também políticas e jurídicas. Baixa mobilização política das classes populares, decisões baseadas na atuação de *lobbies*, direitos constitucionais sem garantias de efetividades – são outros elementos importantes da equação que divide incluídos e excluídos.

⁹² Estimulado pela Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF em maio e abril de 2009, o CNJ constituiu em abril de 2010 o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde (Resolução n. 107). O referido fórum é coordenado por um Comitê Executivo Nacional e constituído por Comitês Estaduais.

Nesse contexto, a judicialização da saúde surge como instrumento democrático de mudança: inibe ou estimula políticas públicas, altera comportamentos, promove inclusão, aprofunda exclusões, induz a produção legislativa, capta a atenção da academia e da mídia e muito mais. Está em curso a construção de uma narrativa para esse instrumento: afinal, trata-se de um problema ou de uma solução para a saúde brasileira?

Pressupomos que, no momento, a visão do “problema” está vencendo, tanto no campo da produção acadêmica quanto no debate político-institucional⁹³ e midiático⁹⁴. Parte do avanço dessa postura contrária à judicialização da saúde deriva de uma leitura parcial e reduzida do fenômeno, a qual não consegue captá-lo em sua complexidade. A presente pesquisa almeja compreender e criticar tal movimento, pois reputamos que pode resultar em uma solução conservadora e excludente: deixar as coisas como elas estão, ou seja, deixar intocado o problema da injustiça no acesso à saúde. Tal postura adotada, vale ressaltar, não deriva de uma percepção romantizada do sistema de justiça e de sua capacidade para ser “a solução” para os problemas da saúde. Resulta, sim, da existência de avanços e mudanças já alcançados pela interface entre direito e saúde, sobretudo no âmbito institucional, com a criação de novos arranjos que funcionam como mediação entre

⁹³ Nesse sentido, vale lembrar que um dos poucos itens relacionados à saúde na “Agenda Brasil” – desenhada pelo Presidente do Senado, Renan Calheiros, à então Presidenta Dilma Roussef no auge da crise política – tinha como objetivo exatamente a proibição das “liminares judiciais” no âmbito da saúde pública. Conferir: BRASIL. Senado Federal. **A “Agenda Brasil” sugerida por Renan Calheiros**. Brasília: Agência Senado, 11 ago. 2015. Disponível em:

<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/10/a-agenda-brasil-sugerida-por-renan-calheiros>

Acesso em: 23 jun. 2016.

⁹⁴ Muito ilustrativa dessa afirmação é matéria da revista Época sobre fraudes decorrentes de demandas judiciais por medicamentos. A reportagem apresenta uma definição reducionista da judicialização da saúde, identificando-a como um prática abusiva e até criminoso: “O volume crescente de ações judiciais para fornecimento de medicamentos de alto custo (um fenômeno conhecido como judicialização) desorganiza o planejamento orçamentário das secretarias de Saúde nas três esferas de poder. É um problema para a União, os Estados e, principalmente, para os pequenos municípios. Não há milagre. Para atender às demandas urgentes de poucos pacientes que exigem tratamentos caríssimos (muitas vezes, sem benefício e com riscos inaceitáveis), os gestores deslocam verbas destinadas ao cuidado de milhares ou milhões de outros cidadãos. Assim como a corrupção e a má gestão, a judicialização da saúde é uma das importantes causas de desperdício de dinheiro público” (grifo nosso). Conferir: SEGATTO, C.. Os falsos doentes de R\$ 9,5 milhões. **Época**, Rio de Janeiro, 21 jun. 2016. Vida. Disponível em <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/os-falsos-doentes-de-r-95-milhoes.html>

Acesso em: 23 jun. 2016.

pacientes e sistema de saúde, que reconhece os primeiros como sujeitos de direito – como gente de verdade – ao tempo em que dialoga com a organização institucional do segundo. Há, portanto, possibilidade de a interface direito-saúde produzir avanços institucionais aptos a lidar com os problemas de exclusão, assimetria de acesso, baixa qualidade dos serviços, conforme anteriormente mencionado. Por tal razão, afirmamos que o questionamento certo a ser feito não é quanta judicialização devemos ter, mas **qual** judicialização é melhor para os usuários e para a preservação do sistema. Na adoção dessa abordagem – que vê o potencial de transformação institucional do direito onde muitos veem apenas problemas – reside a **originalidade** da presente pesquisa.

À abordagem proposta somamos outros dois focos que auxiliam na *delimitação* da pesquisa: a saúde pública e a situação das classes populares. Assim, o setor privado da saúde e a situação das classes privilegiadas somente serão objeto da presente pesquisa na medida em que contribuam para compreender o contexto da saúde pública e os problemas enfrentados pelas classes populares para acessar os serviços de saúde.

A partir de tais esclarecimentos, lançamos o **problema central** da pesquisa: como reconhecer e desenvolver o potencial transformador da judicialização da saúde em favor do desenvolvimento institucional do SUS e da redução da desigualdade de acesso aos serviços de saúde dos – historicamente excluídos – cidadãos das classes populares?

Assumimos que, ao enfrentar tal problema, a pesquisa promove estudo de grande **utilidade**, pois pretende lançar luzes sobre problema real da vida de grande parte dos cidadãos brasileiros, que tem buscado no direito a garantia de acesso a condições materiais básicas para sua existência: o acesso à saúde. A contribuição da pesquisa tende a ser ainda mais ampla, pois não se restringe aos problemas enfrentados pelas classes populares. Isso porque a redução da desigualdade de acesso aos bens materiais – notadamente à saúde – gera proveito para toda a

população⁹⁵, ou seja, qualquer esforço para gerar redução das assimetrias de acesso à saúde transborda em benefícios para todas as classes sociais, mesmo para aquelas melhor remuneradas.⁹⁶

Vale ressaltar que a contribuição da pesquisa se direciona, ainda, ao resgate da credibilidade do modelo institucional do SUS, severamente abalado na sociedade e alvo de críticas do próprio titular do Ministério da Saúde, que defendeu rever o tamanho do SUS⁹⁷. Conforme exposto, os problemas de qualidade e acesso das classes populares aos serviços do SUS deslegitimam tanto o modelo de saúde previsto na Constituição Federal quanto a própria crença na capacidade de a democracia brasileira dar resposta aos problemas sociais mais candentes.

Por fim, necessário sublinhar as principais **limitações** importantes da presente pesquisa. A **primeira** delas diz respeito ao escopo da contribuição que a judicialização da saúde pode significar. Ela limita-se ao avanço no acesso e na qualidade do sistema de saúde, não da saúde em si da população. Os parâmetros gerais de saúde de uma sociedade, embora influenciados pelos serviços de saúde disponíveis, dependem de um conjunto mais amplo de elementos⁹⁸. De outro lado, o que constitui um sistema de saúde vai além de oferta de cuidados à saúde dos pacientes. Uma definição mais limitada, todavia, pode ser mais apropriada para análise de questões específicas⁹⁹, como a que agora abordamos.

Uma **segunda** limitação tem a ver com os resultados que podem ser alcançados com a judicialização da saúde. Quando afirmamos que a judicialização pode ser utilizada como instrumento para transformar a realidade da saúde brasileira, não atribuímos a ela a missão de desempenhar sozinha a tarefa,

⁹⁵ WILKINSON, R.; PICKETT, K.. **O nível**: Porque uma sociedade igualitária é melhor para todos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 17.

⁹⁶ Ibidem, p. 130.

⁹⁷ Conferir COLLUCCI, C.. Tamanho do SUS precisa ser revisto, diz novo Ministro da Saúde. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 17 maio 2016. Cotidiano. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/05/1771901-tamanho-do-sus-precisa-ser-revisto-diz-novo-ministro-da-saude.shtml>

Acesso em: 23 jun. 2016.

⁹⁸ WILKINSON, R.; PICKETT, K., op. cit., *passim*.

⁹⁹ SMITH, R. D.; HANSON, K.. What is a 'health system'? In: **Health Systems in Low- and Middle-Income Countries**, cap. 01. Oxford University Press, 2012, p. 20.

tampouco de ser protagonista nesse processo. A judicialização da saúde, todavia, pode ser elemento importante em um conjunto mais amplo de iniciativas voltadas para um programa de “reforma revolucionária”¹⁰⁰ para a saúde pública. Pode representar, assim, alguns passos em uma transformação fragmentária e gradual da realidade institucional da saúde.¹⁰¹

Um **terceiro** limite de nossa proposta está na adoção do enfoque institucional. O esforço principal é explorar os principais problemas encontrados no descompasso entre as normas e as práticas institucionais do sistema de saúde e imaginar como as instituições do sistema de justiça podem colaborar para lidar com essa situação. Assim, debates importantes que já foram explorados em outras reflexões acadêmicas não são tratados com profundidade nessa tese. Como exemplo, destacamos a questão do ativismo judicial¹⁰², a controvérsia sobre a aplicação das teorias sobre o mínimo existencial e a reserva do possível¹⁰³, a conexão entre a interpretação dos princípios e a proteção da saúde.¹⁰⁴

Desenvolvimento da pesquisa

A pesquisa se desdobra em quatro partes. As contextualizações propostas ditam a organização dos capítulos e conduzem, no quarto capítulo, ao debate do potencial transformador da judicialização da saúde em prol do desenvolvimento do SUS e inclusão material das classes populares.

¹⁰⁰ Para Unger, a reforma revolucionária seria a “substituição, parte por parte, de estruturas e idéias institucionais formadoras” (UNGER, R. M.. **Democracia realizada**: a alternativa progressista. São Paulo: Boitempo, 1999, p. 217).

¹⁰¹ Sobre o processo de transformação social e institucional, Unger alerta que ele se dá, regra geral, de modo fragmentário, e não de uma vez (UNGER, R. M.. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1986, p. 110).

¹⁰² Sobre o tema, conferir: CIARLINI, A. L. de A. S.. **Direito à Saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁰³ Sobre o tema, conferir: SARLET, I. W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 317-343.

¹⁰⁴ Sobre o tema, conferir: FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Sistema Único de Saúde e o Princípio da Sustentabilidade**: interconexões e perspectivas acerca da proteção constitucional da saúde. 2013. Tese – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Porto Alegre, 2013.

No **primeiro capítulo** promovemos a análise da conformação atual do modelo de saúde, especialmente das suas estratégias de organização institucional e financiamento, com atenção aos aspectos da dualidade entre público e privado que revelam o *apartheid* da saúde brasileira. Segue-se a abordagem voltada a avaliar a denúncia sobre a má-fé institucional na saúde brasileira revelada no tratamento desigual ao qual se submetem as classes populares.

No **segundo capítulo**, avaliamos o modelo brasileiro em perspectiva à forma de organização da oferta dos serviços e de composição do financiamento dos serviços de saúde. A partir das semelhanças identificadas nessa primeira avaliação, avaliamos a tese da americanização da saúde brasileira e, para tanto, realizamos detalhamento da organização e do funcionamento do sistema de saúde estadunidense. Ao final, destacamos os aprendizados que a comparação entre esses dois sistemas oferece para o entendimento dos problemas e desafios da saúde brasileira, em especial das contradições entre a adoção de políticas públicas voltadas para um modelo de sistema nacional de saúde e a criação de políticas econômicas e regulatórias que atende a tendência de segmentação e privatização dos serviços de saúde.

No **terceiro capítulo**, conduzimos nossa atenção à contextualização da formação histórica de alguns traços marcantes do sistema de saúde atualmente estabelecido no Brasil, quais sejam: a exclusão de determinado grupo de (sub)cidadãos, a segmentação do sistema e a precarização dos serviços ofertados pela rede pública. Em seguida, nos voltamos a descrever como tais características, incompatíveis com os ideais da Reforma Sanitária Brasileira, se perpetuaram na prática institucional mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 e a formação do SUS. Em um segundo momento, a pesquisa avança para avaliar as condições políticas de perpetuação e reprodução das desigualdades socioeconômicas verificadas no âmbito da saúde, bem como os obstáculos existentes para mudar essa realidade. Finalmente, trazemos ao debate a judicialização das políticas pública, com atenção especial ao seu reflexo no campo

da saúde, para sustentar que se trata de instrumento democrático de afirmação da cidadania e concretização de direitos sociais.

O **quarto capítulo** se volta ao mapeamento da judicialização da saúde no Brasil, desde as condições de seu surgimento na década de 1990, passando pela dinâmica de seu acelerado desenvolvimento, até os reflexos no momento atual – marcado pelo acirramento do debate institucional e acadêmico. Em seguida, nos dedicamos à análise do atual momento de inflexão na atuação dos Tribunais, notadamente pelo julgamento em curso no Supremo Tribunal Federal. O próximo passo é a qualificação do debate acadêmico calcado em um cenário mais fidedigno dos conflitos existentes, que também permite a avaliação crítica dos principais argumentos utilizados para defender ou atacar a judicialização da saúde.

Por fim, **no quinto capítulo**, nosso estudo avança para o mapeamento de experiências institucionais inovadoras para solução dos litígios em saúde que se destacam pelo empenho em intermediar as expectativas dos pacientes e as opções políticas e materiais dos gestores do sistema de saúde. Na busca de parâmetros adequados para a crítica às nossas experiências, realizamos a análise da resolução de litígios no âmbito dos programas públicos de saúde nos Estados Unidos da América. Ao final, especulamos sobre como a análise de tais arranjos institucionais de vanguarda pode contribuir para que se imaginem avanços para a judicialização da saúde no Brasil em direção à redução das injustiças no acesso à saúde.

Descritos os passos da tese, avançamos ao primeiro capítulo, cujo objetivo principal é descrever o desenvolvimento, a atual conformação e as condições de perpetuação da universalização excludente em suas duas faces: o *apartheid* da saúde e a má-fé institucional.

CAPÍTULO I

DISTORÇÕES DAS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O apartheid da saúde é um dos maiores males, físicos e morais, perpetrados hoje contra o povo brasileiro. Proponho rebelião contra este escândalo. Proponho transformar a resistência a este escândalo em questão de consciência nacional.

(Roberto Mangabeira Unger, 2009)

O tratamento desigual entre as classes sociais marcou o desenvolvimento do sistema de saúde brasileiro e culminou na formação de um sistema de saúde com acentuada assimetria de tratamento entre os cidadãos, a despeito do modelo de acesso universal à saúde desenhado pela Constituição de 1988. O texto constitucional consolidou pretensão igualitária, todavia, a prática institucional impôs uma série de limitações ao novo projeto. A contingência entre o real e o ideal traçado pelos constituintes gera a expectativa dos excluídos. Se, por um lado, a perpetuação dessa situação é causa central da judicialização da saúde, por outro, essa mesma judicialização é potencial instrumento para promover transformação institucional e inclusão social no seio do sistema de saúde.

A compreensão da relação de causalidade e do potencial de transformação ora afirmados exige avaliação dos diversos aspectos envolvidos na construção da saúde pública: normas jurídicas, organização institucional, financiamento, aspectos socioeconômicos e políticos. A formulação a partir do pensamento jurídico deve estar calcada em uma visão coerente das formas da interação humana e da prática social subjacentes a cada ramo do direito¹⁰⁵, no caso, o direito à saúde. A pesquisa inicia a compreensão desse complexo contexto pelo mapeamento da conformação

¹⁰⁵ UNGER, R. M. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1986, p. 8.

das normas jurídicas e de como elas moldam ou deveriam moldar o desenho institucional do SUS. Em seguida, trazemos o resultado desse mapeamento à avaliação crítica, de forma a esmiuçar as mais graves distorções do modelo constitucional do SUS observadas nos contextos econômico, social e institucional.

O capítulo se inicia, portanto, pela descrição dos contornos que a Constituição deu ao direito à saúde e ao modelo institucional do sistema de saúde brasileiro. O segundo passo é a análise das duas principais distorções entre o texto normativo e a prática institucional: **o subfinanciamento do SUS e a injustiça no acesso à saúde**. A primeira distorção é abordada de forma mais superficial, pois, embora seja central para a compreensão dos graves problemas públicos da saúde brasileira, não faz parte do esforço analítico central da presente tese¹⁰⁶. Assim, a questão do subfinanciamento é avaliada na medida em que necessária para que se compreenda o problema da injustiça no acesso à saúde e sua relação com a judicialização. Em decorrência do exposto, a parte final e mais relevante do presente capítulo é dedicada à compreensão dos dois aspectos principais da injustiça na saúde: a assimetria de acesso e de qualidade entre o sistema público e o serviço privado – o *apartheid* da saúde; e o tratamento desigual e precarizado ofertado às classes populares dentro do próprio SUS – a má-fé institucional na saúde pública.

1. As diretrizes constitucionais do sistema de saúde brasileiro

O presente tópico se inicia com a exposição das principais diretrizes constitucionais e legais do SUS e de como elas estruturam ou deveriam estruturar o sistema de saúde. Em seguida, voltamos a atenção para as normas de organização da face privada do sistema de saúde brasileiro: a saúde complementar e a saúde suplementar.

¹⁰⁶ A opção realizada também é contingencial, pois a avaliação profunda e original do problema do subfinanciamento do SUS exigiria pesquisa própria.

1.1. As diretrizes constitucionais do Sistema Único de Saúde

A saúde é direito de todos, com garantia de acesso universal e igualitário, atendimento integral, gestão descentralizada e coordenada e participação social. Essas são as bases da formulação jurídica que consagrou a Reforma Sanitária, conforme aprovada na VIII Conferência Nacional de Saúde, no âmbito da Constituição de 1988, que, ao mesmo tempo que constituiu um direito, definiu instituição para concretizá-lo: um sistema descentralizado, coordenado e submetido ao controle popular. Em suma, o Brasil adotou os princípios clássicos de um Sistema Nacional de Saúde¹⁰⁷.

Passados mais de 40 anos desde a intensificação do debate sobre a democratização da saúde no Brasil – com a criação do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes), em julho de 1976 –, a constitucionalização do direito à saúde e da gestão do SUS nos moldes acima mencionados é amplamente reconhecida¹⁰⁸ como grande avanço da Reforma Sanitária parcialmente implementada no Brasil. Não à toa, o baixo grau de “conversão” dessas diretrizes jurídicas em políticas públicas de atendimento amplo à população é motivo de perplexidade entre os estudiosos da Reforma Sanitária¹⁰⁹.

Incursionamos, doravante, pelos desdobramentos jurídicos e institucionais das diretrizes acima referidas, inclusive quanto ao financiamento do SUS e à regulamentação legal que se seguiu à promulgação da Constituição. Esse subtópico é mais conciso e se atém apenas aos aspectos mais essenciais¹¹⁰ à posterior

¹⁰⁷ SANTOS, I. S.; SANTOS, M. A. B.; BORGES, D. C. L. Mix Público-Privado no Sistema de Saúde Brasileiro: realidade e futuro do SUS. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, p. 78.

¹⁰⁸ PAIM, J. S. **Reforma Sanitária Brasileira: contribuição para a compreensão e crítica**. Salvador: Edufba, 2013, p. 294.

¹⁰⁹ GERSCHMAN, S. **A democracia inconclusa: um estudo da Reforma Sanitária brasileira**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004, p. 181.

¹¹⁰ Há rica e vasta produção institucional e acadêmica voltada à compreensão ampla e detalhada das diretrizes constitucionais da saúde e seus reflexos na gestão do SUS. Dentre as várias possibilidades, merece especial atenção a série de publicação quinquenal *Para entender a gestão do SUS*, organizada pelo CONASS. Do ponto de vista do direito sanitário, merecem menção as obras de Sueli Galdofí Dallari e Fernando Aith. Não há utilidade, portanto, a repetição, neste trabalho, do detalhamento da organização do sistema.

compreensão das diversas distorções na relação norma-realidade que compõem o cenário da universalização excludente.

O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 consagrou a maior bandeira da Reforma Sanitária: o direito à saúde para todos os cidadãos, com garantia de acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. O referido comando constitucional foi amplo e inclusivo, alterando profundamente as orientações para o planejamento e execução de políticas sociais e econômicas destinadas à organização e oferta de serviços de saúde à população brasileira.

O reconhecimento da saúde como direito universal a destaca, imediatamente, das duas outras políticas sociais que, no modelo brasileiro, compõem a seguridade social: assistência social e previdência. A primeira, conforme destaca o artigo 203 da CF/88, se volta apenas aos necessitados, conceito este que tem a renda como principal critério. A previdência, por sua vez, tem caráter contributivo (art. 201, CF/88) e é naturalmente segmentada. O caráter universal do direito à saúde dá a todos no território nacional – brasileiros ou estrangeiros – a expectativa de atendimento pelos serviços de saúde. Além disso, orienta a formulação das políticas públicas que devem levar em conta as necessidades do conjunto da população ao planejar e organizar a oferta dos serviços de saúde. A mesma eficácia possui a diretriz do acesso igualitário, que exige tratamento equitativo e não discriminatório entre os pacientes, tanto no acesso aos serviços quanto na concepção das políticas públicas.

Por mais clara que seja a orientação dada pelo artigo 196 da Constituição, o caráter universal e igualitário do direito à saúde é desafiado com recorrência, mesmo no âmbito jurídico. Nesse ponto, a análise das diretrizes constitucionais partirá da atuação da Corte Constitucional quanto ao tema.

Três exemplos recentes são encontrados no Supremo Tribunal Federal (STF): o julgamento, ainda pendente, da proposta de súmula vinculante nº 4, que versa sobre a responsabilidade solidária entre os entes da Federação na oferta de

serviços de saúde; o julgamento, também em andamento, no Recurso Extraordinário (RE) 566.471/RN, de repercussão geral, que versa sobre o fornecimento pelo SUS de medicamentos não previstos nas políticas públicas; e, finalmente, o julgamento, já realizado, no RE 581.488/RS¹¹¹, que considerou inconstitucional a adoção do sistema de “duas portas” em unidades do SUS.

No primeiro exemplo, há dúvidas sobre a consideração do caráter universal do direito à saúde. No caso, o Defensor Público-Geral da União propôs ao STF edição de súmula vinculante, com intuito de fixar a “responsabilidade solidária dos entes federativos no que concerne ao fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de ilegitimidade passiva corriqueira por parte das Pessoas Jurídicas de Direito Público”. Em complemento também postula que se reconheça a “possibilidade de bloqueio de valores públicos para o fornecimento de medicamentos e tratamento médico ao carente (...)”. O ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso, sugeriu a seguinte redação para a súmula proposta na PSV 04: “É solidária a responsabilidade dos entes federativos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico das pessoas carentes.” A Procuradoria Geral da República, por sua vez, manifesta-se pela aprovação da proposta com a redação que segue: “É solidária a responsabilidade dos entes federativos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico das pessoas carentes (...)”. Embora o foco do enunciado pendente de julgamento esteja na definição da responsabilidade solidária entre os entes da Federação na oferta de serviços de saúde e na possibilidade de bloqueio de verbas públicas, é notável que a Corte Constitucional e o órgão central do Ministério Público em nenhum momento tenham atentado para a possível inconstitucionalidade de se restringir às pessoas carentes as garantias reconhecidas no enunciado. Em verdade, a Corte

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 581.488/RS. Relator: Ministro Dias Tóffoli. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 03 dez 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28581488%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jy6hy52> Acesso em: 03 jun. 2017.

Constitucional parece estar caminhando¹¹² para reconhecer a compatibilidade do princípio da universalidade com situações nas quais deve ser observado critério de renda para acesso aos bens e serviços do SUS. Isso pode ser observado nos votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Marco Aurélio no julgamento em curso no RE 566.471/RN. O caso versa sobre fornecimento, determinado por ordem judicial, de medicamentos não incorporado às políticas de saúde do SUS. O Min. Barroso defende, dentre outros, a adoção do critério de renda, de forma que nos processos judiciais os magistrados devam aferir “a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente”¹¹³. O Min. Marco Aurélio, relator do recurso, vai além e considera que devem ser avaliadas a incapacidade financeira do enfermo e a “falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo”¹¹⁴.

A convivência do caráter universal do sistema público com a adoção de qualquer critério de renda deve ser avaliada com atenção, pois pode estimular o funcionamento do SUS sob a lógica da assistência social. Aliás, a configuração do SUS como sistema para os pobres é, há muitos anos, receio recorrente entre os sanitaristas¹¹⁵, pois estão cientes que, se adotado tal perfil para o SUS, o risco de agravamento da precarização é elevado. Os exemplos acima narrados se inserem num contexto mais amplo de tentativa de reduzir o atendimento do SUS ou a judicialização da saúde aos “carentes” ou aos “pobres”.

¹¹² O movimento de restrição, no âmbito jurídico, do acesso ao SUS por pessoas carentes ocorre há algum tempo. Exemplo relevante se deu na 2ª *Jornada de Direito à Saúde* do Conselho Nacional de Justiça, realizada em março de 2015 em São Paulo. Previamente ao evento, foram selecionadas propostas de enunciados para votação durante os trabalhos, entre os enunciados selecionados pela comissão responsável e levado a votação estava o seguinte: “Nas demandas que visam ao acesso a ações e serviços de saúde diferenciada daquelas já oferecidas pelo SUS, o autor deve apresentar: (1) prova da evidência científica; (2) a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS; (3) situação de pobreza” (grifo nosso). O texto proposto foi rejeitado, por maioria. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/ccb678bff2766146f5e5f9c7f80507d.pdf>> Acesso em: 16 jul. 2016.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. In: GRILLO, Breno. **Marco Aurélio complementa voto em julgamento sobre fornecimento de remédios**. Consultor Jurídico. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-28/pedido-vista-suspende-julgamento-obrigacao-fornecer-remedio> Acesso em: 02 jun. 2017.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ CARVALHO, G. I. de; SANTOS, L. **Sistema Único de Saúde: Comentários à Lei Orgânica da Saúde** (Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90). Campinas- SP: UNICAMP, 2002, p. 45.

No terceiro exemplo, o debate se voltou para a diretriz do acesso igualitário aos serviços de saúde. No caso, o STF, apreciando o tema 579 da repercussão geral, por unanimidade, e nos termos do voto do relator Ministro Dias Toffoli, negou provimento ao RE 581.488 do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul, que alegava, dentre outros argumentos, violação à autonomia profissional dos médicos, em razão de norma que vedava o tratamento diferenciado entre pacientes nas unidades do SUS mediante pagamento. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, fixou tese nos seguintes termos: "É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes"¹¹⁶. Na referida decisão, o comando constitucional da equidade no acesso foi respeitado, conforme se observa no seguinte trecho da argumentação do Ministro relator: "o procedimento da 'diferença de classes', tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (...)"¹¹⁷. Ficou, assim, mantida a vedação ao denominado "sistema de duas portas".

O artigo 198 da Constituição, por sua vez, define as diretrizes de funcionamento do SUS – principal arranjo institucional organizado para concretizar o projeto constitucional de acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. São estas as suas diretrizes: regionalização, hierarquização, descentralização, integralidade e participação da comunidade.

A diretriz da **regionalização** do SUS, prevista no *caput* do artigo 198, impõe a organização por circunscrições territoriais, com atenção ao dinamismo, complexidade e demanda recebida pelo sistema. O objetivo é promover a

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 581.488/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 03 dez 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28581488%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jy6hy52> Acesso em: 03 jun. 2017.

¹¹⁷ Ibidem.

distribuição racional da oferta dos serviços no espaço territorial. A maior expressão dessa diretriz é a distribuição da estrutura do SUS em “regiões de saúde”¹¹⁸. A figura 1, abaixo, mostra o exemplo das regiões de saúde do Estado do Amazonas.

Figura 1 - Regiões de Saúde do Estado do Amazonas



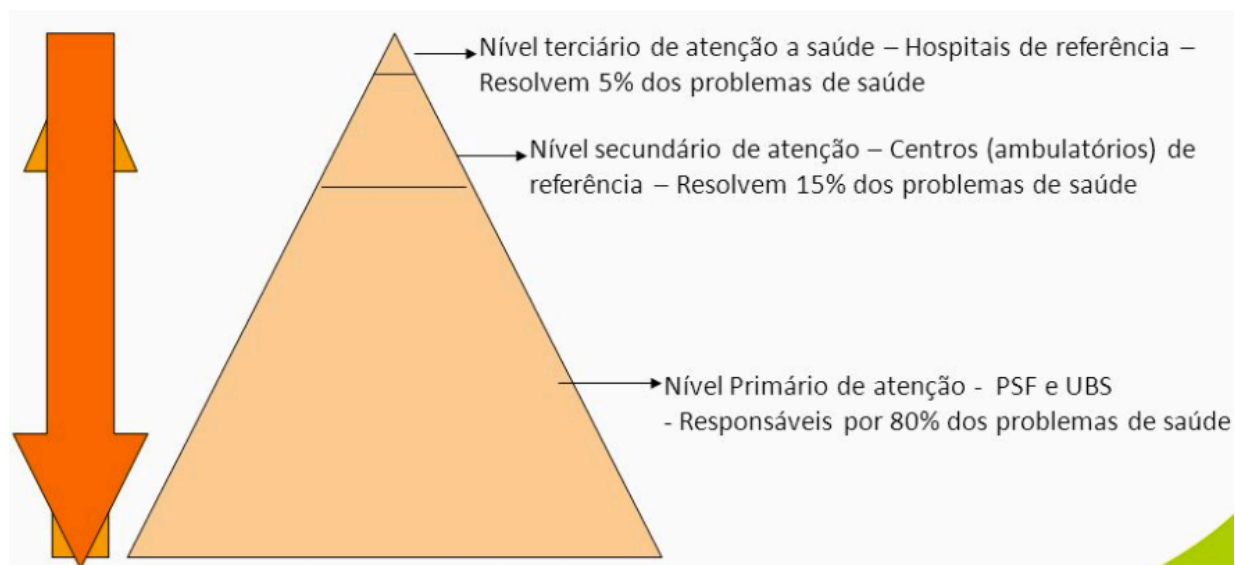
Fonte: Secretaria de Atenção à Saúde do Amazonas, 2016.

A **hierarquização**, igualmente prevista no *caput* do artigo 198 da Constituição, é diretriz de organização do atendimento em distintos níveis de complexidade ou níveis de atenção: atenção primária, caracterizada pela baixa complexidade e alta demanda (80% do total); atenção secundária, cuja complexidade é intermediária e a demanda reduzida (15% do total); e a atenção terciária, formada por serviços de alta complexidade e, em regra, com demanda muito baixa (5% do total). O acesso aos serviços se dá pelas “portas de entrada” do SUS e, regra geral, ocorre pela atenção primária, contudo, pode se dar diretamente

¹¹⁸ Há conceito legal de região de saúde, que está inserido no artigo 2º, inciso I, do Decreto 7.508/2011: “espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de Municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde”.

na atenção secundária ou terciária em casos de urgência/emergência, atenção psicossocial ou serviços especiais de acesso aberto¹¹⁹. O encaminhamento dos pacientes entre os diversos níveis de complexidade, conforme suas necessidades terapêuticas, pode se dar de forma crescente (referência) ou de forma decrescente (contra-referência). A figura 2, abaixo, ilustra bem essa dinâmica.

Figura 2 – Hierarquização do SUS



Fonte: Sistema Universidade Aberta do Sistema Único de Saúde (UNA-SUS)

A conjunção das diretrizes de regionalização e hierarquização, prevista no artigo 198 da Constituição, forma a Rede de Atenção à Saúde, que perfaz o conjunto de ações e serviços de saúde articulados em níveis de complexidade crescente, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência à saúde¹²⁰. A figura 3, abaixo, traz o exemplo de uma dessas ações, qual seja, a da rede de urgência e emergência.

¹¹⁹ Artigos 2º, inciso III, e 9º do Decreto 7.508 de 2011.

¹²⁰ Artigo 2º, inciso VI, Decreto 7.508/2011.

Figura 3– Rede de Urgência e Emergência



Fonte: DAB/SAS – Ministério da Saúde

A **descentralização**, com direção única em cada esfera de governo, prevista no inciso I do artigo 198 da Constituição, é a principal diretriz orientadora da divisão de competências e atribuições no âmbito do SUS. O desenho da descentralização é dado pela Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), pelo seu Decreto regulamentador (Decreto 7.508/2011) e pelos diversos atos normativos decorrentes dos pactos firmados entre os entes da Federação. Assim, embora a competência para “cuidar da saúde” seja comum entre União, Estados e Municípios, e a atribuição legislativa seja, no mesmo âmbito, concorrente¹²¹, a instituição incumbida da missão de ofertar saúde funciona sob lógica administrativa mais avançada. Dessa forma, a diretriz constitucional da descentralização do SUS permite melhor organizar a oferta da ampla gama de serviços de saúde no continental e heterogêneo território brasileiro. Mas, deve-se pontuar que, dessa divergência, se originam muitos conflitos no âmbito das ações judiciais, pois é recorrente a responsabilização de um ente da

¹²¹ Conferir artigos 23, inciso II, e 24, inciso XII, da Constituição Federal.

Federação por serviço de competência de outro, em razão da interpretação atualmente dominante na jurisprudência da afirmação da responsabilidade solidária em matéria de saúde. Nesse sentido, basta observar o debate acima referido sobre a Proposta de Súmula Vinculante nº 04 em debate no STF¹²².

As bases fundamentais da descentralização estão na Lei Orgânica da Saúde, que, em seus artigos 15 a 18, traz as competências comuns e as competências específicas da União, dos Estados e dos Municípios, observada a necessária existência de direção única em cada esfera de governo¹²³. À União é reservada a definição de diretrizes, a coordenação do sistema, a fiscalização, a normatização, a organização da alta complexidade e o referenciamento nacional. A atribuição de execução dos serviços se inicia com a direção estadual do SUS, especialmente nos serviços de alta complexidade; contudo, há claro indicativo de descentralização dos serviços e das ações de saúde para os municípios, que podem assumir tal atribuição. O maior foco da execução e gestão, portanto, está na direção municipal do SUS, que tem à sua disposição a possibilidade de formar consórcios administrativos¹²⁴ entre municípios de determinada região de saúde. Assim, a efetiva oferta dos serviços de saúde aos usuários do SUS, regra geral, se divide entre estados e municípios e a prevalência de um ou de outro se dá conforme a capacidade municipal de gestão do sistema. No contexto brasileiro de grave

¹²² Tal entendimento pode, contudo, ser alterado, especialmente para os casos de fornecimento de medicamentos não incorporados aos SUS. Nesse sentido, voto do Min. Luis Roberto Barroso determina: “a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. In: GRILLO, Breno. **Marco Aurélio complementa voto em julgamento sobre fornecimento de remédios**. Consultor Jurídico. São Paulo, 2016. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2016-set-28/pedido-vista-suspende-julgamento-obrigacao-fornecer-remedio> Acesso em: 02 jun. 2017).

Se tal entendimento prevalecer na Corte Constitucional, poderá ocorrer migração do entendimento dominante de responsabilidade solidária para uma concentração da judicialização em face do ente federal. Em qualquer das situações, a descentralização administrativa amplamente desenvolvida no âmbito do SUS segue sem alcançar ressonância no âmbito da jurisprudência.

¹²³ Ao Distrito Federal é reservada a soma das atribuições e competências de estados e municípios (art. 19, Lei 8.080/90).

¹²⁴ A previsão está no artigo 10 da Lei Orgânica da Saúde. Os consórcios formados a partir do acordo entre os municípios participantes podem ser administrativos (despersonalizados), formados por pessoa jurídica de direito privado (entidade administradora) ou por pessoa jurídica de direito público (associação pública), nos termos da Lei nº 11.107/06.

deficiência de gestão municipal, especialmente nos pequenos municípios, há ainda sérios entraves para a gestão plena da execução dos serviços de saúde no âmbito local.

Se as linhas centrais são fornecidas pela legislação ordinária, todo o ajuste fino da gestão do SUS é realizado por intermédio de amplos acordos construídos de forma ascendente (do nível local para o nacional) entre as três esferas da Federação ou, em assuntos locais, entre os municípios e o respectivo estado. Os debates de âmbito nacional têm vez na Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e os estaduais, na Comissão Intergestores Bipartite (CIB)¹²⁵. As comissões intergestores são reconhecidas pela Lei Orgânica da Saúde (art. 14-A e 14-B) como foros de negociação e pactuação entre gestores quanto aos aspectos operacionais do SUS.¹²⁶

Da articulação institucional entre as três esferas da gestão nasceram as principais diretrizes de compartilhamento e divisão de responsabilidades, gestão, planejamento e recursos financeiros. A trajetória de sofisticação do modelo de gestão descentralizada e coordenada do SUS se iniciou com a Norma Operacional Básica (NOB) 01/91, ganhou corpo com a NOB 1/93 e evoluiu ao longo de duas décadas¹²⁷ até alcançar o modelo atual de regionalização, hierarquização e

¹²⁵ O Decreto 7.508/2011 prevê, ainda, a existência de Comissão Intergestores Regional (CIR), que deve funcionar “no âmbito regional, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde para efeitos administrativos e operacionais, devendo observar as diretrizes da CIB” (artigo 30, inciso III).

¹²⁶ Na CIT, a representação federal se dá pelo Ministério da Saúde, a estadual, pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e a municipal, pelo Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems). No âmbito da CIB, a representação do estado se faz pela respectiva Secretaria Estadual de Saúde e a representação municipal pelo respectivo Conselho de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems).

¹²⁷ Para descrição detalhada da evolução normativa da descentralização do SUS, conferir: BRASIL, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Sistema Único de Saúde**. Coleção para entender a gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2011, pp. 52-117. Expomos uma síntese: i) NOB 1/91 - define o sistema de pagamentos por produção de serviço ao setor público; ii) NOB 1/92: vincula a liberação de recursos à existência de um plano plurianual; iii) NOB 1/93: cria os mecanismos de gestão participativa e descentralizada (CIT e CIB), o modelo de transferência fundo a fundo e o modelo de autonomia progressiva, com adesão voluntária; iv) NOB 1/96: redefine o modelo de gestão do SUS e vincula recursos à adesão de programas federais; v) NOAS-SUS 1/01: possibilita a criação de regiões de saúde e estimula os consórcios municipais; vi) NOAS-SUS 01/2002: amplia as responsabilidades dos municípios na atenção básica, estabelece o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade, cria mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do SUS e atualiza os critérios de habilitação de estados e municípios; e vii) Pacto pela Saúde: Portaria nº 399/GM/MS de 22/02/2006, que se dividiu

planejamento do SUS consubstanciado no Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde (COAP), previsto no Decreto 7.508/2011¹²⁸ e desdobrado na Portaria 2.135/2013 do Ministério da Saúde.

O COAP é instrumento jurídico que sela acordo de colaboração firmado entre entes federativos com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada, presume, então, a existência de vários instrumentos prévios de gestão. Quanto às necessidades e o perfil epidemiológico locais, necessita de prévia elaboração do Mapa da Saúde, já do ponto de vista orçamentário, deve observar os Planos de Saúde que expressam, no âmbito de cada ente da Federação, o planejamento orçamentário que orienta a confecção do Plano Plurianual (PPA), bem com a Programação Anual de Saúde (PAS), que anualiza as metas do Plano de Saúde e orienta a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

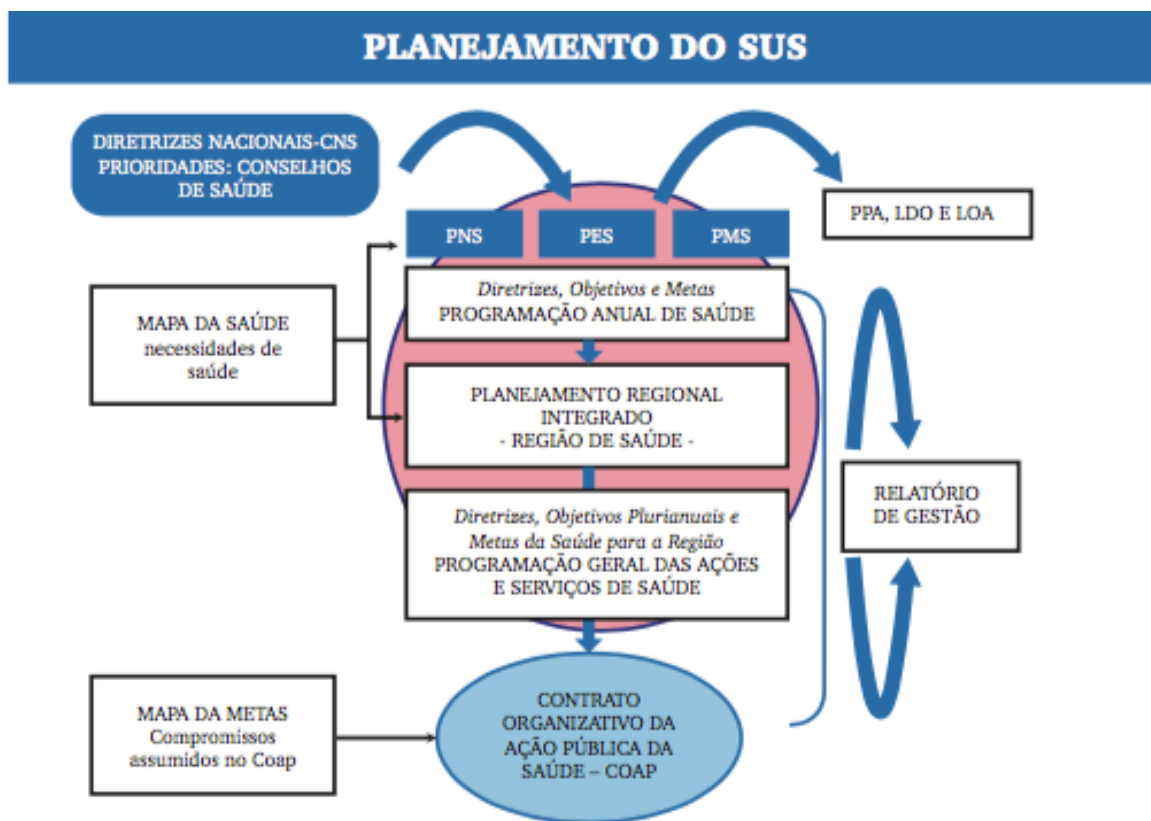
No que tange ao planejamento, pressupõe a realização do Planejamento Regional Integrado. Demanda, ainda, fiscalização por intermédio dos Relatórios de Gestão de periodicidade quadrimestral e anual (quando são consignados os resultados alcançados pelo PAS). Estabelecidos todos os referidos instrumentos de gestão, é possível evoluir para a Programação Geral de Ações e Serviços de Saúde (PGASS) para a região, oportunidade em que são definidas responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de controle e avaliação de desempenho, sempre observados os recursos orçamentários disponíveis.

em Pacto em Defesa do SUS, Pacto pela Vida e Pacto de Gestão. Para a avaliação do contexto do período inicial da descentralização administrativa do SUS, conferir a pesquisa de Ricardo César Rocha da Costa (COSTA, R. C. R. da. Descentralização, Financiamento e Regulação: a Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 18, pp. 49-71, 2002).

¹²⁸ Artigos 2º, inciso II, e 33 a 41 do Decreto 7.508/2011.

Alcançada essa ampla programação geral, sua formalização jurídica se dá, então, através da celebração do COAP¹²⁹. Uma síntese do modelo de gestão acima descrito está ilustrada na figura 4, abaixo.

Figura 4 – A diretriz de descentralização e o planejamento do SUS



Fonte: SGEP/MS/2011

O caminho a ser percorrido até a celebração do COAP é longo e demanda organização administrativa e articulação política entre os municípios contratantes e destes com o respectivo estado. Ao final, é ainda necessária a homologação e a assinatura do Ministro da Saúde. Não à toa, apesar de todas as diretrizes de formulação estarem disponíveis no Decreto 7.508/2011, na Portaria 2.135/2013 e na Resolução 03 de janeiro de 2012 da CIT, ao final do ano de 2014 tão somente

¹²⁹ Para maior detalhamento do processo de celebração do COAP e de todos os seus instrumentos prévios, conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A gestão do SUS**. Brasília: CONASS, 2015, pp. 37-84.

os estados do Ceará e Mato Grosso do Sul contavam com COAPs assinados. Ademais, naquele mesmo momento, apenas outros cinco estados da Federação continham alguma região de saúde com seu COAP em processo de confecção¹³⁰. Enquanto não é amplamente implementado o modelo do COAP, a grande maioria das regiões de saúde no Brasil segue o modelo previsto na Portaria nº 399/GM/MS de 22/02/2006 (Pacto pela Saúde).

Em que pesem as dificuldades de implementação do novo modelo descrito e das conhecidas falhas de gestão amplamente denunciadas pela mídia, a síntese sobre a gestão do SUS ora realizada permite afirmar que foi alcançada a pretendida descentralização, mantido significativo grau de coordenação. Esse relativo sucesso ajuda a compreender as razões de o SUS ter se convertido em modelo para a estruturação de outras grandes políticas sociais brasileiras, especialmente as de assistência social e de educação.

A diretriz constitucional do atendimento integral, comumente referida como “integralidade”, prevista no artigo 198, inciso II, talvez seja a mais controversa, especialmente no âmbito da judicialização da saúde. A controvérsia tem razão de ser, pois, em um cenário de crescente inovação tecnológica, aumento de custos dos tratamentos e envelhecimento da população, a existência de comando normativo de acesso “integral” abre espaço às mais diversas interpretações sobre a extensão do que pode ser considerado o direito à saúde de determinado paciente. As implicações da diretriz da integralidade no cenário da judicialização da saúde serão enfrentadas nos demais capítulos desta pesquisa. Por ora, nos atemos a como essa diretriz conforma a organização do SUS.

A melhor forma de compreender a essência da integralidade é buscar sua fonte de inspiração: o sistema de saúde britânico. O *National Health Service* (NHS) é estruturado por três princípios-guia, cujo primeiro é: “que satisfaça as necessidades de todos”¹³¹. O breve registro é esclarecedor. A integralidade orienta

¹³⁰Ibidem,, pp. 76-78.

¹³¹ Tradução livre de: “*that it meet the needs of everyone*”. Disponível em: <http://www.nhs.uk/NHSEngland/thenhs/about/Pages/nhscoreprinciples.aspx^> Acesso em: 22 abril 2017.

que as necessidades de todos os pacientes sejam atendidas, o que significa que o SUS deve lançar-se às atividades de prevenção, bem como oferecer tratamentos curativos, para todo e qualquer agravo de saúde existente que ponha em risco ou afete a saúde da população.

Do ponto de vista do usuário, analisado individualmente, a integralidade aponta que a cada um deve ser assegurado pelo SUS atendimento adequado aos seus problemas de saúde, seja para preveni-los seja para tratá-los ou para promover seu bem-estar. O ideal do direito de acesso universal e igualitário aos serviços de saúde sedimentado no artigo 196 da Constituição se torna mais avançado e coerente quando complementado pela diretriz da integralidade, prevista no artigo 198, inciso II.

Do ponto de vista da estruturação do sistema, a diretriz de integralidade impõe a diversificação do planejamento e da concepção das políticas públicas de saúde, de forma que sejam estabelecidas estratégias de atendimento para todas as necessidades. Isso se reflete na criação de programas específicos para segmentos da população, por exemplo: saúde da mulher, do homem, de jovens e adolescentes, crianças, idosos portadores de deficiência, trabalhadores, saúde mental e sistema penitenciário. Da mesma forma, tem impacto na necessária organização de programas de prevenção, dos quais são exemplos: vacinação, alimentação saudável, prevenção de acidentes no trânsito, tabagismo, DST's – AIDS, combate ao mosquito *Aedes aegypti*. Outros tantos programas, políticas e ações diversas podem ilustrar o multiverso de iniciativas nascidas do ideal da integralidade, a saber: Programa Farmácia Popular, Política Nacional de Medicamentos, Política Nacional de Assistência Farmacêutica, Programa Saúde da Família, Brasil Sorridente (odontologia), Sistema de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU), Política de Atenção ao Diabetes, etc.

A harmonização das expectativas entre as demandas individuais por atendimento e as linhas gerais de cuidado traçadas pelas políticas públicas se faz, regra geral, pelo estabelecimento de extensos protocolos e listas que trazem a previsão dos tratamentos a serem disponibilizados, conforme as peculiaridades da

situação clínica de cada paciente. Nesse sentido, dão especial densidade à diretriz de integralidade a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), que compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário, para atendimento da integralidade da assistência à saúde, e a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que compreende o atendimento integral à assistência farmacêutica. Ambas devem ser complementadas no âmbito estadual e municipal para atenderem às necessidades locais não contempladas nas listas nacionais.

A **participação social** é diretriz expressa do SUS prevista no artigo 198, inciso III, da Constituição. Foi regulamentada pela lei nº 8.142/90, que previu os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde como forma de institucionalização da participação da comunidade na tomada de decisões pelo SUS.

Os Conselhos de Saúde, no formato atual¹³², possuem caráter permanente e deliberativo, atuam na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros e devem ser organizados nas esferas municipais, estaduais, no Distrito Federal e em âmbito nacional. A composição é paritária, na seguinte distribuição: 50% de usuários, 25% de trabalhadores e 25% de prestadores de serviço e gestores. O Conselho Nacional de Saúde possui 48 membros e os Conselhos Estaduais, Municipais e do DF variam conforme definição local. As decisões tomadas pelos Conselhos devem ser homologadas pelo Chefe do Poder Executivo legalmente constituído em cada esfera do governo, de forma a terem eficácia. Vale destacar que a experiência dos Conselhos como forma de viabilizar o controle social é vista como uma experiência com sérias limitações¹³³, contudo, a avaliação

¹³² O Conselho Nacional de Saúde foi criado em 1930 e suas características se alteraram muito até alcançarem o formato atual definido na Constituição Federal e na Lei 8.142/90. Ao menos três grandes períodos podem ser notados, nos quais se observou a evolução de um órgão apenas consultivo para um órgão consultivo com algum poder propositivo, até atingir o formato atual. Para descrição mais ampla dessa evolução conferir: BARBOSA DA SILVA, F. A.; ABREU, L. E. L. **Saúde: capacidade de luta – a experiência do Conselho Nacional de Saúde**. Texto para discussão 933. Brasília: IPEA, 2002.

¹³³ MIGUEL, Luis Felipe. Democracia e sociedade de classes. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 9, 2012, p. 101.

específica do Conselho Nacional de Saúde sugere que se trata de “um caso paradigmático de conselho bem-sucedido”¹³⁴.

As Conferências de Saúde, por sua vez, têm escopo muito mais amplo e ocorrem a cada 4 anos. São realizadas com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes. As Conferências de Saúde se iniciam pela esfera municipal, que fornece a base das demandas para as Conferências Estaduais que se seguem. Por fim, o evento de maior destaque é a Conferência Nacional de Saúde, evento que ocorreu pela primeira vez ainda na década de 1930 e cuja última edição (a 15ª) foi realizada em Brasília entre 1º e 4 de dezembro de 2015. A Conferência Nacional de Saúde é evento de grande expressão e espaço de ampla mobilização política. A sua 8ª edição é considerada a mais relevante, por ter sido o espaço de deliberação das bases da Reforma Sanitária adotada pela Constituição de 1988.

A par da participação social institucionalizada garantida no formato de Conselhos e Conferência de Saúde, há amplo espaço para participação não institucionalizada que se dá, no Brasil, sobretudo pela formação e atuação de grupos de interesse ou de pressão. De outro lado, importante ainda destacar a atuação das ouvidorias no SUS e da Defensoria Pública e do Ministério Público na articulação das demandas comunitárias por saúde ou em questões mais amplas, como o financiamento do SUS¹³⁵. A pesquisa retorna com ênfase aos aspectos ora mencionados no campo da participação social, que são muito relevantes para a compreensão das assimetrias de acesso aos serviços de saúde e para a melhor forma de aproveitar o potencial da judicialização da saúde.

Finalmente, a Constituição Federal orienta de forma minuciosa a conformação do **financiamento da saúde pública**. No que tange às fontes, são

¹³⁴ BARBOSA DA SILVA; F. A.; ABREU, L. E. L., **op. cit.**, p. 7. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0933.pdf Acesso em 18 jul. 2016.

¹³⁵ PAIM, J. S. **Reforma Sanitária Brasileira**: contribuição para a compreensão e crítica. Salvador: Edufba, 2013, p. 192.

amplas, pois o SUS pode ser financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, nos termos dos artigos 195 e 198 da Constituição.

A forma eleita para garantir a destinação de recursos para a saúde foi, a partir da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, estabelecer percentuais mínimos de recursos orçamentários a serem aplicados por todos os entes da Federação em ações e serviços públicos de saúde. A definição dos percentuais mínimos de aplicação de recursos em ações e serviços públicos de saúde¹³⁶ foi remetida para regulamentação em Lei Complementar, que, após lapso de 12 anos, foi finalmente sancionada em 2012¹³⁷. Trata-se da Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012 que, ao regulamentar o art. 198 da Constituição, determinou: i) as normas de cálculo do montante mínimo a ser aplicado pela União, que levava em conta a base de cálculo corresponde ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do PIB observada no ano anterior ao da lei orçamentária anual; ii) que estados e o Distrito Federal apliquem em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% da arrecadação dos impostos de sua competência e dos recursos oriundos da repartição das receitas tributárias, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios; iii) que municípios e o Distrito Federal¹³⁸ apliquem em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos de sua competência e dos recursos oriundos da repartição das receitas tributárias; iv) os critérios de rateio dos recursos destinados à progressiva

¹³⁶ Para fins de cálculo dos recursos mínimos estabelecidos, a definição legal do que se considera como despesas com ações e serviços públicos de saúde se encontra nos artigos 2º a 4º da Lei Complementar nº 141/2012.

¹³⁷ Antes disso, permaneceu em vigor o artigo 77 do ADCT e os mínimos de investimento ali definidos, ainda que a previsão inicial fosse de vigência temporária até o ano de 2004. A inércia legislativa em aprovar a Lei Complementar prevista impôs a manutenção da vigência do dispositivo do ADCT, conforme autorizava o § 4º do próprio artigo 77.

¹³⁸ Consoante é comum ocorrer, o Distrito Federal possui, ao mesmo tempo, componentes típicos das receitas estaduais e das municipais, de forma que sua aplicação mínima varia conforme a segregação de sua base estadual e de sua base municipal. Na ausência dessa identificação, adota-se o percentual mínimo de 12%.

redução das disparidades regionais; v) as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde em todas as esferas.

O tratamento diferenciado dado à União – de apenas realizar atualização com base nos investimentos do ano anterior – foi modificado pela Emenda Constitucional (EC) 86 de 17 de março de 2015. A referida alteração constitucional determinou que, a partir de 2016, a União passasse a aplicar em ações e serviços públicos de saúde percentual sobre a Receita Corrente Líquida (RCL) do respectivo exercício financeiro. O mínimo estipulado foi de 15% da RCL, contudo, a ser cumprido progressivamente ao longo dos cinco exercícios financeiros subsequentes, nos seguintes limites mínimos definidos no artigo 2º da referida emenda constitucional: 13,2% da RCL no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação da Emenda (2016); 13,7%, no segundo ano (2017); 14,1%, no terceiro (2018); 14,5%, no quarto (2019); e, finalmente, 15% da RCL no quinto exercício financeiro subsequente (2020).

O regime de financiamento da saúde foi – mais uma vez – profundamente alterado no bojo do “Novo Regime Fiscal” instituído pela EC 95, de 15 de dezembro de 2016. Efetivamente, as novas regras inseridas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) pela referida emenda têm dois efeitos centrais no orçamento da saúde: desvincular de percentuais da receita as aplicações mínimas com ações e serviços públicos em saúde; e instituir nova fórmula de cálculo do piso, com base no mínimo aplicado no ano de 2017, corrigido, doravante, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). O tratamento dado à saúde pública – e também à educação – diferenciou-se um pouco daquele dispensado a outras despesas, pois levou em conta a receita do ano de 2017, e não a do ano de 2016. Segundo estudo da Câmara dos Deputados, realizado logo após a aprovação da EC 95, “o adiamento em um exercício para a correção da despesa nas áreas de saúde e educação, frente às demais despesas, teve por objetivo não utilizar como base de cálculo um ano - 2016 - em que as receitas federais tiveram

queda real”¹³⁹. Além desse adiamento, para evitar o “congelamento” do orçamento em percentual abaixo do previsto na Constituição, o artigo 3º da EC 95 revogou a gradação estabelecida pelo art. 2º da EC 86 de 2015. Assim, a instituição do Novo Regime Fiscal antecipou o percentual de 15% para a definição do piso da saúde de 2017 e, para os anos seguintes, estabelece correção desse piso pela inflação (IPCA). Somente após encerrada a vigência do novo regime, o que ocorrerá apenas em 2036, o piso volta a corresponder efetivamente a 15% da RCL apurada no ano anterior¹⁴⁰.

Vale destacar, ainda, que o arranjo normativo acima exposto pode ser alterado em razão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5595 MC/DF, na qual o Procurador-Geral da República impugna a constitucionalidade dos artigos 2º e 3º da EC 86. Em 31 de agosto de 2017, o relator da referida ação, Ministro Ricardo Lewandowski deferiu medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia dos artigos impugnados¹⁴¹.

Em que pese a indefinição que ora se instala, é importante registrar que o congelamento do investimento em saúde pública, por vinte anos, parte do pressuposto equivocado de que o atual patamar de recursos é adequado para garantir acesso aos bens e serviços de saúde e de que a melhoria dos serviços do SUS se resolveria apenas com incremento de eficiência na aplicação dos recursos atualmente existentes¹⁴². A recente alteração constitucional ignora, ainda, outras importantes questões, tais quais o envelhecimento da população e a acentuada redução, na última década, dos investimentos federais em saúde em perspectiva aos investimentos estaduais e municipais. Análise mais detida de como as

¹³⁹ VOLPE, R. A. **Novo Regime Fiscal** - Emenda Constitucional 95/2016 Comentada (Estudo Técnico n. 26 de 2016). Brasília: Câmara dos Deputados, 2016, p. 20. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2016/et26-2016-novo-regime-fiscal-emenda-constitucional-95-2016-comentada> Acesso em 23 abril 2017.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 27.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5595 MC/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Acompanhamento Processual**. 31 ago 2017, p. 33. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf> Acesso em: 31 ago. 2017.

¹⁴² VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, P. S. B. **Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil**. Nota Técnica 28, de 2016. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 21.

alterações legislativas perpetuaram o contexto de subfinanciamento da saúde pública brasileira é realizado no segundo tópico do presente capítulo.

Feitas as considerações acima sobre as diretrizes constitucionais de organização e financiamento do sistema público de saúde, avançamos para a exposição das diretrizes traçadas para a atuação do setor privado em complementação aos serviços do SUS (saúde complementar) e para a organização do mercado privado dos serviços de saúde (saúde suplementar).

1.2. As diretrizes do setor privado

A Constituição assegura a iniciativa privada na assistência à saúde (art. 199), bem como autoriza o Poder Público a realizar a execução dos serviços de saúde por pessoa jurídica de direito privado (art. 197), preferencialmente por entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, oportunidade na qual atuará de forma complementar ao SUS, obedecendo a suas diretrizes (art. 199, §1º).

Os principais arranjos institucionais previstos pela Constituição para oferta de serviços de saúde são, portanto, i) a rede própria do SUS; ii) a instituição privada não lucrativa de caráter filantrópico; iii) a instituição privada com fins lucrativos contratada (privado SUS)¹⁴³; iv) a instituição privada com fim lucrativo autônoma (privado não SUS ou privado exclusivo). No primeiro caso, o setor público funciona conforme as diretrizes do SUS, com oferta direta dos seus serviços. Nos segundo e terceiro casos, está configurada a denominada “saúde complementar”, que se caracteriza pela aquisição pelo SUS de serviços de saúde na iniciativa privada, seja junto às entidades sem fins lucrativos (modelo preferencial), seja no mercado privado da saúde. No quarto caso, temos instituição da denominada “saúde suplementar”, que perfaz a aquisição pelo cidadão de serviços de saúde, incluídos seguros de saúde, no “mercado de serviços de saúde”.

¹⁴³ É muito comum que instituições privadas conveniadas ou contratadas pelo SUS disponibilizem ao setor público apenas uma parcela ou um segmento de seus serviços, ou seja, proliferam-se instituições privadas de financiamento híbrido (público e privado).

O caráter híbrido do sistema brasileiro, conforme delineado na própria Constituição, decorre de o SUS não ter nascido com característica estatizante, pois “tem tradição de compor as representações estatal e privada, particularmente a tradição de trabalhar com filantrópicas, as Santas Casas, e posteriormente com as Organizações Não-Governamentais (...)”.¹⁴⁴ A participação dessa multiplicidade de atores foi marcante na formulação do texto constitucional por sua influência tanto na 8ª Conferência Nacional de Saúde quanto, principalmente, na Comissão Nacional de Reforma Sanitária (CNRS) e na Constituinte¹⁴⁵.

O texto constitucional, ao fazer uso do termo “complementar” em seu artigo 199 para se referir à aquisição pelo SUS de serviços de saúde na iniciativa privada, parece deixar claro que não se trata de um sistema paralelo com lógica assistencial própria. Pelo contrário, a Constituição expressamente registra, no mesmo artigo 199, que, ao complementar as ações do SUS, as instituições privadas devem atuar “segundo diretrizes deste”. Por conseguinte, é razoável considerar que a Constituição orienta o Poder Público a não atribuir a entidades privadas, mesmo que filantrópicas, a absorção do conjunto das atividades prestacionais. Mais especificamente, “devem existir unidades públicas de atendimento, secundadas, se necessário e conveniente, por entidades privadas”¹⁴⁶. Um olhar sobre a composição da oferta dos serviços dos SUS mostra que a realidade não segue a diretriz constitucional.

A formação do SUS, que segue os princípios clássicos de um Sistema Nacional de Saúde, se deu no contexto de existência de um forte segmento de prestadores e de empresas de assistência privada de saúde¹⁴⁷. Esse cenário pode ser apontado como uma das causas de reprodução da dependência histórica em

¹⁴⁴ CAMPOS, G. W. S. O público, o estatal, o privado e o particular nas políticas de saúde. In: HEIMANN, L. S.; IBANHEZ, L. C.; BARBOZA, R. (Org.). **O público e o privado na saúde..** São Paulo: Hucitec, 2005, p. 93.

¹⁴⁵ PAIM, J. S. **Reforma Sanitária Brasileira**: contribuição para a compreensão e crítica. Salvador: Edufba, 2013, *passim*.

¹⁴⁶ DALLARI, S. G.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 96.

¹⁴⁷ SANTOS, I. S.; SANTOS, M. A. B.; BORGES, D. C. L. Mix Público-Privado no Sistema de Saúde Brasileiro: realidade e futuro do SUS. In: **A Saúde no Brasil em 2030**: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, p. 78.

relação a esse segmento privado, pois é no setor privado que o SUS contrata grande parte dos serviços de saúde ofertados à população. A forte presença de prestadores privados é, portanto, marca distintiva do sistema de saúde brasileiro que persistiu, a despeito da estruturação do SUS nas últimas décadas.¹⁴⁸

A dependência do setor privado é pouco percebida na atenção básica, especialmente em razão do sucesso na expansão da Estratégia da Saúde na Família¹⁴⁹. Na média e alta complexidade, contudo, é intensa a dependência nos serviços que envolvem internação hospitalar. Isso porque, embora a discrepância tenha diminuído, mais da metade dos leitos disponibilizados pelo SUS ainda pertencem a estabelecimentos privados de saúde¹⁵⁰, que são contratados ou conveniados para fins de atendimento aos usuários do SUS. Na tabela 1, abaixo, está bem ilustrada essa situação.

Tabela 1 – Evolução do nº de internações pelo SUS segundo natureza jurídica do prestador – Brasil, 2000-2010

ANO	PÚBLICO	PRIVADO - SUS
2000	4.787.148	7.154.175
2001	4.440.921	6.893.870
2002	5.046.728	6.673.027
2003	4.900.333	6.741.867
2004	4.758.685	6.738.206
2005	4.893.810	6.539.333
2006	4.913.526	6.415.925
2007	5.018.140	6.300.366
2008	4.724.942	6.018.082
2009	5.113.249	6.016.471
2010	5.406.777	5.944.077

Fonte: SIH/SUS¹⁵¹

¹⁴⁸ SANTOS, M. A. B. Rede de Prestadores e Produção de Serviço. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, p. 81.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 91/92.

¹⁵⁰ UGÁ, M A. D.; LIMA, S. M. L.. Sistemas de alocação de recursos a prestadores de serviços de saúde. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, p. 152

¹⁵¹ Dados extraídos de: SANTOS, M. A. B.. Rede de Prestadores e Produção de Serviço. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, p. 90.

Em linhas gerais há uma simplificação dos serviços do SUS¹⁵² em contraposição a uma sofisticação da rede privada, que mantém unidades com maior nível de especialização e equipadas com aparelhos associados a tecnologias mais avançadas. Isso ocorre mesmo na cobertura complementar, ou seja, quando o SUS contrata serviços junto à iniciativa privada¹⁵³. A contratação pelo SUS de tais serviços esbarra na baixa remuneração ofertada pela Tabela-SUS, contudo, a disseminação de novos modelos de parceria¹⁵⁴ com as instituições privadas que oferecem remunerações mais atrativas “vem tornando a vinculação ao SUS uma opção interessante e gerando uma nova onda de expansão do mercado de prestadores privados, mais uma vez impulsionada pelo financiamento público”¹⁵⁵. Em suma, a complementação realizada pelo SUS junto à iniciativa privada tende a se manter ou ser ampliada, a despeito da orientação traçada no artigo 199, §1º, da Constituição Federal.

Ampliação ainda mais significativa do que a experimentada pela face complementar da iniciativa privada é observada na saúde suplementar. Esse segmento do sistema de saúde brasileiro promove o acesso dos cidadãos ao “mercado de serviços de saúde”, entendido de forma ampla: relação direta do serviço ou do profissional de saúde com o cliente, cooperativas de profissionais, empresas médicas de grupo, autogestão ou planos administrados, seguros privados de saúde, próteses e insumos médico-hospitalares. A continuidade da existência desse setor como um sistema de saúde diferenciado do SUS, mesmo durante o contexto da Reforma Sanitária, é fruto de intensa articulação de diversos grupos e

¹⁵² GERSCHMAN, S.. Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde: União Européia e Brasil. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1441-1451, out. 2008, p. 1446.

¹⁵³ SANTOS, I. S.; SANTOS, M. A. B.; BORGES, D. C. L.. Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, p. 89.

¹⁵⁴ Para descrição e crítica pormenorizada dos formatos existentes no Brasil e no contexto internacional de alocação de recursos públicos a prestadores privados de serviços de saúde, conferir: UGÁ, M. A. D.; LIMA, S. M. L.. Sistemas de alocação de recursos a prestadores de serviços de saúde. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, pp. 135-168.

¹⁵⁵ SANTOS, M. A. B.. Rede de Prestadores e Produção de Serviço. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, pp. 94-95.

corporações privadas no contexto da Constituinte, embora tenham se recusado a participar dos diálogos na histórica VIII Conferência Nacional de Saúde¹⁵⁶. Tal esforço culminou na objetiva redação do *caput* do artigo 199 da Constituição (“A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”) e se desdobrou ao longo dos anos na conquista de relativa autonomia por esse sistema “paralelo”, que, se, de um lado, foi regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e pela Lei 9.656/98, de outro, conseguiu escapar ao controle social exercido pelos Conselhos de Saúde.

Dessa forma, o setor privado segue o seu “processo de autonomização em relação ao setor público”¹⁵⁷, contudo, é “inegável que todo esse processo já representa um patamar muito mais civilizado do que o cenário no qual os planos de saúde eram comercializados como simples mercadorias de consumo opcional”¹⁵⁸. A observação dessa tensão à luz do texto constitucional permite perceber que ora se faz valer a cláusula de livre iniciativa do *caput* do artigo 199, ora se dá primazia ao controle estatal previsto no *caput* do artigo 197, que define serem de “relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle”.

A segmentação da função do Poder Público de regular a saúde, através da atribuição da regulação do setor suplementar à ANS, tem despertado todo tipo de controvérsia, que vai desde a percepção de cooptação da regulação governamental pelos interesses dos grupos privados¹⁵⁹ até críticas à excessiva regulação (v.g., rol de coberturas mínimas obrigatórias que conduziriam ao aumento do preço dos planos de saúde). O desdobramento dessa tensão tem consequências na organização do setor. A mais recente – e polêmica – delas é a proposta do Ministério

¹⁵⁶ PAIM, J. S.. O pensamento do movimento sanitário: impasses e contradições atuais no marco da relação público-privado no SUS. In: HEIMANN, L. S.; IBANHEZ, L. C.; BARBOZA, R. (Orgs.). **O público e o privado na saúde**. São Paulo: Hucitec, 2005, p. 115.

¹⁵⁷ MENICUCCI, T. M. G.. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 161.

¹⁵⁸ BAHIA, L.; SCHEFFER, M. Planos e seguros privados de saúde no Brasil: lacunas e perspectivas da regulamentação. In: HEIMANN, L. S.; IBANHEZ, L. C.; BARBOZA, R. (Orgs.). **O público e o privado na saúde**. São Paulo: Hucitec, 2005, p. 167.

¹⁵⁹ MENICUCCI, op. cit., loc. cit.

da Saúde de criação de planos de saúde populares a preços mais acessíveis e com cobertura proporcionalmente reduzida. A minuta elaborada por grupo de trabalho formado pelo Ministério da Saúde foi enviada à ANS em 8 de março de 2017 e está em apreciação naquele colegiado¹⁶⁰, com abertura de consulta pública até 28 de julho do mesmo ano¹⁶¹. A justificativa apresentada foi de ampliação do financiamento da saúde no Brasil, contudo, estudos prévios à proposta apontam que “o mercado de planos de saúde com preços mais acessíveis, destinados às classes C e D, constitui importante nicho de mercado disputado, até mesmo, por empresas de médio e grande portes”¹⁶². A despeito das intenções do Governo com a referida proposta¹⁶³ e de seus futuros reflexos, ela parece ser coerente com a trajetória observada na saúde brasileira, marcada pelo insuficiente investimento público e pela notável expansão da cobertura dos planos de saúde privados.

O acentuado avanço da saúde suplementar é muito bem retratado pelos dados divulgados periodicamente pela ANS. Nos últimos 15 anos, o aumento do número de usuários de planos de saúde foi superior a 60%: um salto de 30 milhões de usuários em 2000 para um pico de 50 milhões entre 2014 e 2015. No período

¹⁶⁰ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Plano de saúde acessível**. Brasília: ANS, 08 mar. 2017. Geral. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3774-plano-de-saude-acessivel> Acesso em: 25 abril 2017.

¹⁶¹ _____. **Transparência e diálogo com a sociedade**. Brasília, ANS, 30 jun. 2017. Sobre a ANS. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3969-transparencia-e-dialogo-com-a-sociedade> >

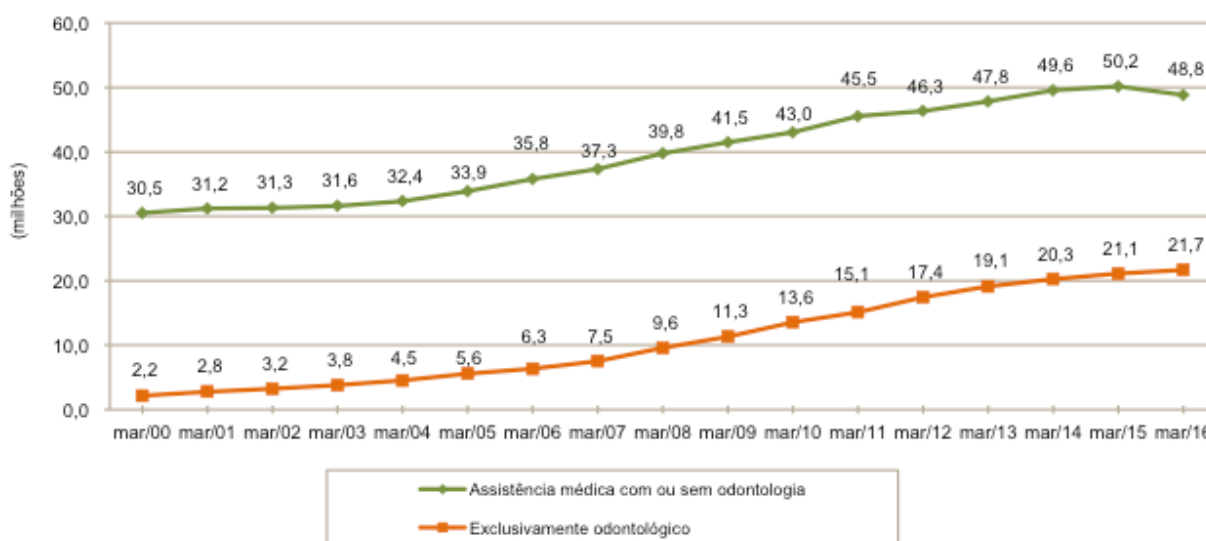
Acesso em: 25 jul. 2017.

¹⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. CONASS Debate. **Saúde**: para onde vai a nova classe média. Brasília: CONASS, 2013, p. 25.

¹⁶³ A minuta de proposta elaborada pelo grupo de trabalho do Ministério da Saúde sugere três novas modalidades de planos de saúde. A primeira delas é um plano “simplificado”, que proporcionaria cobertura para atenção primária, serviços auxiliares de diagnóstico e terapias de baixa e média complexidade. Nessa modalidade estariam excluídos: internação, terapias e exames de alta complexidade, atendimento de urgência e emergência e hospital dia. A segunda, incluiria plano ambulatorial e hospitalar com cobertura de atenção primária, atenção especializada, de média e alta complexidade, contudo, o acesso aos serviços passaria obrigatoriamente por avaliação de médico da família ou da atenção primária. A terceira modalidade incluiria plano em regime misto de pagamento, com copagamento, pelo usuário, de serviços hospitalares, ambulatoriais, terapias de alta complexidade e medicina preventiva, em até 50% dos valores previstos em contrato (Cf. DOMINGUEZ, B.. Planos Populares. **Radis**, Rio de Janeiro, n. 175, abr. 2017, p. 18).

que coincide com a recente crise econômica¹⁶⁴, o número de segurados sofreu discreta redução¹⁶⁵ e, em junho de 2016, chegou à marca de 48.487.129 de usuários. Os números correspondem a uma cobertura de aproximadamente $\frac{1}{4}$ da população brasileira. O gráfico e a tabela abaixo ilustram a referida expansão, tanto em termos de número absoluto de usuários, quanto em percentual da população coberto pelos seguros privados.

Gráfico 1 – Beneficiários de planos privados de assistência à saúde no Brasil (2010-16)



Fonte: SIB/ANS/MS - extraída da publicação “Dados consolidados da saúde suplementar”¹⁶⁶

¹⁶⁴ A correlação que se faz é de coincidência de períodos. Não se intenta afirmar uma relação entre expansão ou retração econômica e ampliação ou redução do número de cidadãos com cobertura por planos privados de saúde. A vinculação de causalidade direta entre tais cenários seria uma simplificação equivocada (BAHIA, L.. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciênc. saúde coletiva** [online]. v.13, n.5, pp.1385-1397, 2008, p. 1396.)

¹⁶⁵ Isabela Santos aponta que a redução foi de aproximadamente 2 milhões de segurados (Cf. SANTOS, I. S.. The solution to SUS is not a Brazilcare. **RECCIS**, v. 10, n. 3, jul-set 2016, p. 3).

¹⁶⁶ Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>, acesso em 21/07/2016 .

Tabela 2 – Número de beneficiários em planos privados de assistência médica (absoluto e percentual da população brasileira)

ANO	Beneficiários (número absoluto)	Percentual de cobertura da população brasileira
2006	37.248.388	19,9
2007	39.316.313	20,8
2008	41.468.019	21,9
2009	42.561.398	23,6
2010	44.937.350	23,9
2011	46.027.108	23,9
2012	47.722.948	24,6
2013	49.346.927	25,4
2014	50.394.741	26,0
2015	49.441.541	25,5
2016 (jun)	48.487.129	25,1

Fonte: SIB/ANS/MS, dados referentes ao mês de dezembro de cada ano, exceto 2016, que refere junho.

Muito interessante notar que o patamar atualmente alcançado de 1/4 da população beneficiária da saúde suplementar coincide exatamente com a expectativa máxima de expansão do setor privado quando das projeções realizadas nos primeiros anos de organização do SUS no início da década de 1990¹⁶⁷. **O “teto” de expansão imaginado nos anos 90 já foi ultrapassado e as projeções “otimistas” imaginadas pelo setor privado no início desta década têm a pretensão de alcançar metade da população brasileira**¹⁶⁸. Na hipótese de regulamentação e oferta dos “planos populares” e de alteração da Lei dos Planos de Saúde¹⁶⁹, a projeção passa a ser plausível.

Temos delineado, assim, a medida do *apartheid* da saúde atualmente existente: 1/4 da população beneficiária do setor suplementar e 3/4 da população usuária exclusiva do SUS. Esse é o retrato atual, mas há clara possibilidade de

¹⁶⁷ CAMPOS, G. W. S.. **Reforma da Reforma: repensando a saúde**. São Paulo: Hucitec, 1992, pp. 68-69.

¹⁶⁸ SANTOS, M. A. B.. Rede de Prestadores e Produção de Serviço. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, p. 84.

¹⁶⁹ O tema é melhor explorado no Capítulo II, item 4.1, todavia, desde já indica-se conferir: BRASIL: Câmara dos Deputados. **Comissão sobre planos de saúde define roteiro de trabalhos**. Saúde. Brasília, 2017. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/535593-COMISSAO-SOBRE-PLANOS-DE-SAUDE-DEFINE-ROTEIRO-DE-TRABALHOS.html>

Acesso em: 03 ago. 2017.

aumento da clivagem, se verificada a tendência de expansão da contratação de seguros privados pelas classes C e D da população.

Vale destacar, ainda, que, ao lado dessas duas vias mais amplas de acesso aos serviços de saúde – SUS e planos privados de saúde –, existem outras duas vias básicas de acesso, que, embora menos frequentes, são importantes para entender o contexto geral de segmentação da saúde no Brasil. Uma delas é o segmento de atenção à saúde dos servidores públicos (civis ou militares) e seus dependentes, que oferece serviços de saúde exclusivos aos seus beneficiários em unidades próprias ou, geralmente, em unidades privadas de saúde, a partir de uma composição entre financiamento público e dos beneficiários. A última forma de acesso, por sua vez, é o segmento de provedores privados autônomos, que oferta acesso aos serviços de saúde mediante pagamento dos serviços de saúde no ato¹⁷⁰.

As contradições advindas da interface público-privado na saúde brasileira e as consequências exatas desse *apartheid* para os excluídos do processo de expansão do mercado privado são mais profundas e complexas do que a simples segmentação da oferta de serviços. O cotejo ora exposto entre as diretrizes constitucionais e a conformação institucional do modelo de saúde brasileiro permite – no tópico que segue – aprofundar a crítica e analisar as principais contradições entre o desenho normativo do sistema de saúde brasileiro e a sua real conformação no plano institucional e do mercado.

2. As distorções do sistema de saúde: subfinanciamento e injustiça

As novas bases da saúde lançadas na Constituição de 1988 foram momento ímpar para o desenvolvimento da saúde pública brasileira. Em vários aspectos, o nosso sistema público de saúde alcançou níveis satisfatórios ou de excelência no atendimento à sociedade. O programa de HIV/AIDS do governo federal, por

¹⁷⁰ PIOLA, S.F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. Financiamento do Sistema Único de Saúde: Trajetória Recente e Cenários para o Futuro. **Rev. Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 30, n. especial, pp. 9-33, 2012, p. 11.

exemplo, se tornou referência internacional¹⁷¹, especialmente pelo enfrentamento da questão do registro de patentes de fármacos^{172,173}. Outro exemplo notável é o Programa Saúde da Família (PSF), que é considerado parâmetro mundial de serviços de base comunitária¹⁷⁴. Esses são apenas dois dentre muitos êxitos na estruturação do SUS¹⁷⁵, contudo, a Reforma Sanitária levada a cabo nos anos 80 e 90 não logrou implementar satisfatoriamente o projeto constitucional de sistema universal, igualitário e de assistência integral. O relativo fracasso da Reforma Sanitária Brasileira é amplamente reconhecido¹⁷⁶, tanto que, já no início dos anos 90, se propunha pensar a “reforma da reforma”¹⁷⁷, de modo a enfrentar a contradição inicial entre as bases e diretrizes do projeto constitucional do SUS e a realidade das práticas governamentais¹⁷⁸.

O presente tópico investiga as distorções advindas da contradição acima mencionada, que consideramos ser questão essencial para compreender a judicialização da saúde. São muitas as distorções, mas a pesquisa se concentra nas duas centrais: o subfinanciamento e a injustiça. Tal enfoque é baseado na análise de Roberto Mangabeira Unger, para quem o subfinanciamento é um defeito de origem do SUS, pois, ainda no momento de sua criação, teve sua base de financiamento comprometida. Por tal razão, Unger afirma que, por falta de recursos – e não apenas por falha de gestão –, “esse sistema excelente em seu conceito e

¹⁷¹ TANCREDI, M. V.; WALDMAN, E. A.. Survival of AIDS Patients in Sao Paulo-Brazil in the Pre and Post-HAART Eras: A Cohort Study. **BMC Infectious Diseases**, 14: 599. PMC, 2014, pp. 1-2.

¹⁷² WOLF, J. **The Human Right to Health**. Nova Iorque: Norton, 2012, pp. 101-102.

¹⁷³ Nesse sentido, pontua MIRANDA: “A ONU reconheceu em 2001, por intermédio da Resolução ‘Acesso a medicamentos no contexto de pandemias HIV/AIDS’, proposta pelo Brasil, o acesso a medicamentos como elemento fundamental para a realização do direito humano à saúde” (Cf. MIRANDA, A. A.. **Movimentos sociais, AIDS e cidadania: o direito à saúde no Brasil a partir das lutas sociais**. 2007. Dissertação- Universidade de Brasília, Brasília, pp.124-125).

¹⁷⁴ BRITNELL, M. **In Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015, pp. 2-5.

¹⁷⁵ A título de exemplificação, podemos citar: o Programa de Agentes Sanitários de Saúde, a Estratégia Saúde da Família, as ações de vigilância sanitária, a campanha de vacinação, os transplantes, entre muitos outros.

¹⁷⁶ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 139.

¹⁷⁷ CAMPOS, G. W. S.. **Reforma da Reforma: repensando a saúde**. São Paulo: Hucitec, 1992, p. 31.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 19.

arcabouço institucional fica muito aquém do programado”¹⁷⁹. Ao lado da questão do subfinanciamento, está a da injustiça. Unger considera que a saúde brasileira mantém dois mundos apartados: o dos planos privados e o do SUS, ambos financiados por recursos públicos¹⁸⁰. O primeiro possui financiamento *per capita* até três vezes maior que o segundo. A “injustiça encarnada na relação entre esses dois mundos da saúde se traduz em desigualdades de vida e morte, de alívio e sofrimento”¹⁸¹. Tais desigualdades vão além do *apartheid* entre público e privado, pois, conforme já argumentamos, a injustiça no acesso à saúde se reproduz – em detrimento das classes populares – dentro da estrutura institucional do SUS. Assim, a crítica mais ampla da injustiça¹⁸² na saúde brasileira demanda investigar tanto o *apartheid* denunciado por Unger, quanto a má-fé institucional no seio da saúde pública.

Vale ressaltar, contudo, que não se ignora que as falhas de gestão acarretam graves distorções ao SUS. De fato, financiamento adequado não produz automaticamente sistema de saúde eficiente, equitativo e efetivo, ou seja, o mero incremento de recursos não necessariamente acarreta melhores resultados¹⁸³. A melhoria da gestão pública é, contudo, um amplo desafio para toda a Administração Pública brasileira, notadamente em suas políticas sociais, pois, “quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável

¹⁷⁹ UNGER, R. M.. Saúde: questão de consciência. Tendências e Debates. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 jan. 2010. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2401201009.htm>. Acesso em: 06 jul. 2016.

¹⁸⁰ Vale destacar que a análise de Unger é coerente com achados de muitos outros estudos, pois a percepção da intrínseca relação entre as disparidades no financiamento e as restrições de acesso universal aos serviços de saúde é amplamente reconhecida (Cf. BAHIA, L.. The Brazilian health system between norms and facts: mitigated universalization and subsidized stratification. **Ciênc. saúde coletiva**. v.14, n.3, pp. 753-762, 2009, p. 754).

¹⁸¹ UNGER, op. cit.

¹⁸² A conotação que Unger empresta à ideia de injustiça na saúde é coerente com a de outros estudos de âmbito internacional. Norman Daniels, por exemplo, destaca que, na saúde, a desigualdade entre os grupos sociais pode ser considerada como injusta quando resulta da distribuição injusta de fatores socialmente controláveis que afetam a população (Cf. DANIELS, N.. International health inequalities and global justice: toward a middle ground. In: **Global health and global health ethics**. Cambridge/Nova Iorque: Cambridge University Press, pp. 97-107, 2011, p. 97).

¹⁸³ HSIAO, W. Why Is a Systemic View of Health Financing Necessary? **Health Affairs**, v. 26, n. 4, pp. 950-961, Jul-Ago 2007, p. 950.

a respeito de sua destinação”¹⁸⁴. Os problemas de gestão não são, portanto, uma característica específica da saúde pública brasileira: ela compartilha tais revezes com diversas outras políticas públicas. O subfinanciamento e a injustiça, sim, são dois traços marcantes da saúde brasileira, embora não sejam exclusivos dela.¹⁸⁵

Guiado pelas balizas acima expostas, o presente tópico se desenvolve inicialmente pela questão do subfinanciamento da saúde pública e, então, prosseguiremos com a questão da injustiça, primeiro no aspecto da desigualdade entre público e privado, após, no aspecto da má-fé institucional.

2.1. O Subfinanciamento da saúde pública

2.1.1. Aspectos orçamentários do subfinanciamento da saúde pública

O sistema público de saúde historicamente sofreu com instabilidade de seu financiamento, pois foi comumente envolvido na disputa de recursos na esfera federal¹⁸⁶. Isso não se alterou substancialmente com a Constituição de 1988. A criação de novos direitos sociais pela Constituição coincidiu com um período de hiperinflação, restrições macroeconômicas e ausência de priorização de recursos financeiros para consecução das políticas sociais recém-criadas. O cenário era de intensa “disputa interna entre as áreas sociais, entre elas, as áreas de saúde e a previdência social”¹⁸⁷. A expectativa era de que o direito à saúde, uma vez universalizado, receberia alocação mais intensa de recursos. O que se observou, entretanto, “foi a recorrente involução do gasto federal com saúde nos anos 80 e o

¹⁸⁴ SARLET, I. W.. Direitos Fundamentais a Prestações Sociais e Crise: algumas aproximações. **Espaço Jurídico**, v. 16, n. 2, pp. 459-488, ago. 2015, p. 472.

¹⁸⁵ Exemplo de política social que sofre intensamente com tais revezes é a proteção à infância e à juventude, embora esteja garantida no artigo 6º como direito social e definida em capítulo próprio da Ordem Social prevista na Constituição (Título VIII, Capítulo VII). A proteção à infância e à juventude não possui padrões mínimos de investimentos definidos, e as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) muitas vezes não são observadas. A execução de medidas socioeducativas só foi organizada institucionalmente em 2012, pela Lei nº 12.594, ou seja, mais de 20 anos após a edição do ECA, contudo, também carece de implementação.

¹⁸⁶ VIANNA, S. M. A seguridade social, o Sistema Único de Saúde e a partilha dos recursos. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 43-58, 1992, p. 44.

¹⁸⁷ PIOLA, SF.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. **Financiamento Público da Saúde: uma história a procura de rumo**. Texto para discussão 1.846. Rio de Janeiro: IPEA, 2013, p. 9.

fraco desempenho do gasto público consolidado (federal, estadual e municipal) no período em que se inicia a descentralização (...).¹⁸⁸

O SUS nasce, portanto, com vício de origem, pois o sistema institucional avançado delineado na Constituição não foi acompanhado de garantias orçamentárias para seu desenvolvimento na prática institucional. O dispositivo de vinculação contido no artigo 55 do ADCT¹⁸⁹ – que previa investimento de 30% do orçamento da seguridade social em saúde até a aprovação de LDO – tinha apenas efeito “psicológico” e não foi cumprido nos primeiros anos após a Constituição¹⁹⁰. Estados e municípios não tinham previsão constitucional de percentuais mínimos de aplicação de recursos na saúde. Logo após a promulgação da Constituição, no período do governo Collor (1990-1992), o que se viu foi drástica redução dos gastos federais no setor¹⁹¹. No ano de 1993, embora os investimentos federais em saúde tenham invertido a trajetória de queda, as contribuições previdenciárias deixaram de ser consideradas solidárias ao financiamento da saúde. A esse quadro de instabilidade no financiamento se somou, em 1994, a criação do Fundo Social de Emergência, posteriormente denominado Desvinculação de Receitas da União (DRU), que passou a redirecionar parte das receitas então destinadas à seguridade social¹⁹². Em suma, entre 1990 e 1994, a saúde pública enfrentou processo de desorganização e sucateamento: queda de investimento no setor público, forte crescimento do setor privado, corrupção no Ministério da Saúde e na Fundação Nacional de Saúde (FUNASA).¹⁹³

¹⁸⁸ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 175.

¹⁸⁹ O referido dispositivo constitucional possui a seguinte redação: “Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”.

¹⁹⁰ VIANNA, S. M. A seguridade social, o Sistema Único de Saúde e a partilha dos recursos. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 43-58, 1992, p. 49.

¹⁹¹ COSTA, R. C. R. da. Descentralização, Financiamento e Regulação: a Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 18, pp. 49-71, 2002, p. 54.

¹⁹² PIOLA, SF.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S., op. cit., p. 10.

¹⁹³ COSTA, R. C. R. da. Descentralização, Financiamento e Regulação: a Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 18, pp. 49-71, 2002, p. 55.

A situação emergencial de falta de recursos foi enfrentada em 1996 pelo Ministério da Saúde – então sob a direção de Adib Jatene –, que, com apoio importante de setores da sociedade, conseguiu, em outubro de 1996, que o Congresso Nacional instituisse a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF)¹⁹⁴. O referido tributo, já em 1997, representou 27,9% do total de recursos federais da saúde, e, a partir de sua cobrança até 1999, observou-se pequeno aumento dos recursos aplicados pelo Ministério da Saúde. Ao longo do período entre 1997 e 2007, a CPMF correspondeu a 30% do total de recursos obtidos pelo referido ministério. O efeito mais evidente do referido tributo, contudo, foi a maior estabilização das fontes de financiamento da saúde, e não a desejada ampliação efetiva de seus recursos, pois o impacto positivo da CPMF foi amortecido pela retração de outras fontes¹⁹⁵.

Na segunda metade da década de 1990¹⁹⁶, apesar do avanço obtido com a CPMF, o subfinanciamento já se verificava claramente no grande descompasso entre os valores da tabela utilizada pelo SUS para realizar o ressarcimento dos procedimentos efetuados na rede de assistência privada e o custo efetivo de tais procedimentos. Por exemplo, em 1996, os médicos recebiam cerca de dois dólares por cada consulta e os hospitais recebiam cerca de três dólares por diária de um paciente oriundo do SUS. Mesmo com um reajuste de 25%, em 1997, esses valores permaneceram em patamares baixos, que estimulavam fraudes e deterioração dos serviços, com prejuízos mais agudos para a assistência ofertadas às camadas mais pobres da população¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 58.

¹⁹⁵ PIOLA, SF.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S., op. cit., p. 10-11.

¹⁹⁶ Vale destacar que, embora de forma menos intensa, a década de 1990 representou involução no investimento em saúde pública em diversos outros países, inclusive no conjunto de países que compõem a Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE). Nesse sentido, conferir: TUOHY, C. *et al.* How does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**. Duke University Press. Vol.29 (3), pp. 359-396, 2004, p. 359.

¹⁹⁷ COSTA, R. C. R. da. Descentralização, Financiamento e Regulação: a Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 18, pp. 49-71, 2002, p. 60.

Assim, o caráter provisório da CPMF e a necessidade de incremento mais significativo aos recursos para a saúde mantiveram ativa a busca por novas soluções para o financiamento do SUS. O cenário político para o avanço almejado se deu, em 1998, com a assunção do Ministério da Saúde por José Serra, que, naquele momento, já despontava como potencial candidato governista para a disputa presidencial de 2002. A força política do então Ministro e a mobilização de atores importantes, como o CONASEMS e o CNS, trouxeram o financiamento da saúde para o centro da agenda do Congresso Nacional¹⁹⁸. Nesse contexto, o desenvolvimento e a aglutinação das várias propostas existentes no Parlamento culminaram na aprovação da “PEC da Saúde” e na promulgação da Emenda Constitucional nº 29 em setembro de 2000 (EC 29).

A EC 29 foi bem-sucedida na intenção de elevar gradualmente a participação de estados e municípios no financiamento da saúde pública, pois tais entes passaram a ter a obrigação de aplicar percentuais mínimos da receita em ações e serviços públicos de saúde (ASPS): 12% e 15%, respectivamente. A União, contudo, diminuiu sua participação relativa no financiamento da saúde, pois ficou obrigada apenas a manter seu padrão de investimento com reajuste pela variação nominal do PIB. Essa tendência já havia sido identificada logo após a promulgação da EC 29, que, embora vista como um avanço, manteve a contradição fundamental de desvincular o financiamento do SUS da arrecadação com as contribuições sociais¹⁹⁹.

O novo modelo de financiamento da saúde pública acentuou, portanto, a curva de progressiva redução da importância da participação da União comparada com estados e municípios. Os gastos da União com ações e serviços de saúde durante a década de 1980 representavam, em média, 75% dos recursos públicos investidos na saúde. Tal participação já havia sido reduzida para 63% em 1996²⁰⁰.

¹⁹⁸ Ibidem, pp. 62-64.

¹⁹⁹ DAIN, S. O financiamento público na perspectiva da política social. **Economia e Sociedade**, [S.l.], v. 10, n. 2, pp. 113-140, 2001, pp. 138-139.

²⁰⁰ PIOLA, S.F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. Financiamento do Sistema Único de Saúde: Trajetória Recente e Cenários para o Futuro. **Rev. Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 30, n. especial, pp. 9-33, 2012, p. 14.

Em 2000, ano de promulgação da EC 29, os gastos da União decresceram para 60% do total do gasto governamental, enquanto estados e municípios contribuíam com 18,5% e 21,5%, respectivamente. Em 2004, ano que supostamente marcaria o fim da transição estipulada pela EC 29, a União já ostentava diminuição para o patamar de 49,26%. A tendência se manteve e, no ano de 2013, os gastos do governo federal representaram 42,59% do total do aplicado em ações e serviços públicos de saúde. Por sua vez, estados, municípios e o Distrito Federal, somados, já contribuíam com 57,41% dos recursos aplicados em saúde. Importante destacar que esse quadro se estabeleceu em contexto no qual a União se manteve como maior arrecadadora de impostos e contribuições (68,6%) e destinatária da maior parte da receita tributária (57,2%) do país²⁰¹.

A situação do compartilhamento federativo do financiamento da saúde se manteve relativamente constante entre 2013 e 2015, com a União responsável, em 2015, por 43% do orçamento, os estados, por 26% e os municípios, 31%²⁰². Embora constante, está longe de ser equilibrada. Os municípios têm, em média, investido valores muito superiores ao piso definido em lei – o investimento foi superior ao mínimo em 47% no ano de 2013, 53%, em 2014 e 55%, em 2015. Os estados têm investido um pouco acima do mínimo – 10% acima do mínimo em 2013, 13%, em 2014 e 13%, em 2015. Já a União, praticamente adotou o mínimo como teto de gastos (0,2% acima do mínimo em 2013, 0,7%, em 2014 e 2,2%, em 2015)²⁰³. Em relação ao ano de 2016, o Conselho Nacional de Saúde rejeitou o Relatório Anual de Gestão do Ministério da Saúde em razão de uma série de irregularidades na execução orçamentária, dentre elas, a não aplicação do mínimo definido constitucionalmente.²⁰⁴

²⁰¹ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A gestão do SUS**. Brasília: CONASS, 2015, pp. 90-91.

²⁰² VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. **Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Nota Técnica nº 28. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 18.

²⁰³ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revistas de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 10, n. 3. Brasília: UnB, 2016, p. 12.

²⁰⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 551 de 06 de julho de 2017**. Brasília. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2017/Reso551.pdf>

As consequências do rearranjo do compartilhamento federativo no financiamento da saúde ficam mais evidentes na avaliação do volume de recursos investidos. Estados e municípios, entre 2000 e 2011, aumentaram em mais de 300% o volume de recursos, passando de R\$ 28 bilhões para R\$ 89 bilhões, dos quais R\$ 28 bilhões foram aportados pelos estados e R\$ 32 bilhões pelo conjunto de municípios. No mesmo período, os gastos federais em saúde aumentaram em R\$ 31 bilhões, o que correspondeu a incremento de apenas 75% em relação ao ano de 2000. O total de aumento de recursos para a saúde, portanto, alcançou aproximadamente R\$ 92,7 bilhões²⁰⁵. Tal incremento refletiu no gasto *per capita*, que, reunindo as três esferas da Federação, passou de R\$ 378,27, em 2000, para R\$ 717,70, em 2010, um crescimento real de 89,73% no período²⁰⁶. Outro reflexo do aumento pode ser observado na participação do gasto público em saúde das três esferas no PIB, que foi elevada em 1 ponto percentual entre 2000 e 2011, do patamar de 2,89% para 3,91% do PIB, nível no qual permaneceu até 2015²⁰⁷. O avanço, contudo, é proveniente do aumento da participação dos estados e dos municípios, uma vez que a participação da União em comparação ao PIB permaneceu estável no patamar de 1,74%²⁰⁸, mesmo nos períodos de maior expansão econômica²⁰⁹. O reduzido engajamento da União é elemento central, portanto, para compreender a manutenção do subfinanciamento da saúde.

A comparação internacional permite perceber ainda melhor a insuficiência do padrão de financiamento do SUS. Apenas como exemplo, no ano de 2014, como já

Acesso em: 22 ago. 2017.

²⁰⁵ PIOLA, SF.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. **Financiamento Público da Saúde: uma história a procura de rumo**. Texto para discussão 1.846. Rio de Janeiro: IPEA, 2013, p. 14-15.

²⁰⁶ _____ **Financiamento do Sistema Único de Saúde: Trajetória Recente e Cenários para o Futuro**. **Rev. Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 30, n. especial, pp. 9-33, 2012, p. 16.

²⁰⁷ FUNCIA, F. R.; MENDES, A.. O SUS e seu financiamento. In: MARQUES, R. M.; PIOLA, S. F.; ROA, A. C. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde; OPAS/OMS no Brasil, 2016, pp. 139-168, p. 154.

²⁰⁸ “Nesse período, o gasto federal em ASPs correspondeu a 1,73% do PIB em 2000 e 1,75% do PIB em 2011, o gasto estadual correspondeu a 0,54% do PIB em 2000 e 1% em 2011 e o municipal a 0,6% do PIB em 2000 e 1,16% em 2011” (PIOLA, SF.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S., 2013, op. cit., p. 15).

²⁰⁹ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revistas de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v.. 10, n. 3. Brasília: UnB, 2016, p. 3.

destacado, o investimento na saúde pública permaneceu na ordem de 3,9% do PIB brasileiro, por outro lado, “o gasto público em saúde na média dos países europeus com sistemas universais (Alemanha, Espanha, França, Reino Unido e Suécia) foi de cerca de 8,0% do PIB”²¹⁰. Muitas outras importantes percepções sobre o modelo institucional do SUS podem ser obtidas com o estudo comparado, contudo, como tal recurso exige análise mais detida, será o foco do segundo capítulo desta pesquisa.

Diante do quadro acima delineado, o aumento da participação da União no financiamento do SUS passou a ser visto como o melhor caminho para o enfrentamento do problema de subfinanciamento deste, especialmente após a regulamentação promovida pela Lei Complementar 141/2012 não ter alterado a cooperação federativa para o financiamento do SUS, mas tão somente promovido a conceituação clara das despesas com ASPS (artigos 2º a 4º)²¹¹. Assim, a partir de 2013, ganhou corpo a mobilização pelo aumento do investimento da União em saúde pública. Nesse cenário, teve destaque o movimento “Saúde + 10”, que contava com a participação do CNS, do CONASS e do CONASEMS, de entidades da sociedade civil e de movimentos sociais. A principal demanda era a alocação mínima de 10% da receita corrente bruta da União para o financiamento do SUS. O movimento deu origem ao Projeto de Lei de Iniciativa Popular 321/2013, que não foi aprovado. Posteriormente, a mobilização foi resgatada e instrumentalizada na PEC 01/2015, que, rapidamente aprovada pelo Congresso Nacional, deu origem à EC 86, promulgada em março do mesmo ano.

A sistemática da EC 86, conforme descrita no tópico anterior, promove a pretendida vinculação do gasto federal, contudo, não pela receita bruta, mas sim pela receita corrente líquida (RCL). O percentual adotado (13,2%, em 2016, com progressão gradual até 15%, em 2020) foi muito inferior ao considerado adequado para financiar o SUS, de forma que a referida emenda foi considerada um

²¹⁰ FUNCIA, F. R.; MENDES, A.. O SUS e seu financiamento. In: MARQUES, R. M.; PIOLA, S. F.; ROA, A. C. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABRES; Brasília: Ministério da Saúde; OPAS/OMS no Brasil, 2016, pp. 139-168, p. 140.

²¹¹ Ibidem, pp. 150-151.

instrumento que “consolida o subfinanciamento histórico do SUS”²¹² ou até que o intensifica²¹³. Tais afirmações têm fundamentos: i) em 2015, a União já aplicava 14,8% de sua RCL em saúde, motivo pelo qual a vigência da emenda significaria a perda de R\$ 9,2 bilhões já em 2016; ii) o artigo 3º da EC 86 permitiu o cômputo dos recursos do Pré-Sal para fins de cumprimento do mínimo estabelecido na Constituição, ao contrário do que previa a Lei 12.858/2013, ocasionando mais uma perda bilionária; e iii) foi ampliado o volume de recursos destinado às emendas parlamentares, o que deve promover a realocação dos recursos programados no Plano Nacional de Saúde²¹⁴. Estudo elaborado por Fabíola Vieira e Rodrigo Benevides aponta que, se a regra da EC 86 estivesse vigente desde 2003, a perda entre os anos de 2003 e 2015 teria sido da ordem de R\$ 257 bilhões, em comparação com a aplicação em ASPS de fato realizada no período, cuja regra era dada pela EC 29. Nesse cenário, a participação da despesa com ASPS da União no PIB teria sido reduzida de 1,75%, em 2003, para 1,01%, em 2015²¹⁵.

O aspecto central da EC 86, ou seja, o estabelecimento de percentual mínimo de investimento federal na saúde pública, foi praticamente suspenso, já no ano seguinte, com a modificação do financiamento da saúde promovido pelo “Novo Regime Fiscal”, estabelecido pela EC 95, de 2016. Dessa forma, retoma-se situação semelhante à anteriormente prevista na EC 29, na qual a União não está vinculada a investir percentual fixo de sua receita em saúde, mas apenas a realizar atualização com base nos investimentos do ano anterior. A diferença fundamental está, agora, no índice de correção. No paradigma anterior a correção do investimento da União se dava pela variação do PIB, no atual, pela inflação medida pelo IPCA. Logo, quanto maior o crescimento econômico do país, maiores serão as

²¹² FUNCIA, F. R.; MENDES, A.. O SUS e seu financiamento. In: MARQUES, R. M.; PIOLA, S. F.; ROA, A. C. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde; OPAS/OMS no Brasil, 139-168, 2016, p. 157.

²¹³ MENDES, A. N.. A saúde pública brasileira num universo “sem mundo”: a austeridade da Proposta de Emenda Constitucional 241/2016. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016, p. 2.

²¹⁴ FUNCIA, F. R.; MENDES, A.. O SUS e seu financiamento. In: MARQUES, R. M.; PIOLA, S. F.; ROA, A. C. (Orgs.), op. cit. pp. 159-162.

²¹⁵ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, P. S. B.. **Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil**. Nota Técnica 28 de 2016. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 9.

perdas proporcionais para o investimento em saúde pública. Outro estudo realizado pelos mesmos autores destaca que tais perdas serão consideráveis. Em um cenário plausível²¹⁶, no qual o PIB brasileiro apresente crescimento constante de 2% ao ano, a referida pesquisa projeta que, ao final da vigência EC 95: i) o gasto federal com saúde sofrerá redução dos atuais 1,73% do PIB para 1,20%; ii) a União reduzirá seu investimento do atual patamar de 15% para apenas 10,5% da sua RCL; iii) o financiamento das ASPS sofrerá perda acumulada de R\$ 415 bilhões de reais.^{217,218}

Outra alteração constitucional recente das regras orçamentárias concorre para o aprofundamento do subfinanciamento da saúde. Trata-se da prorrogação, até o ano de 2023, da desvinculação das receitas da União (DRU) relativas às contribuições sociais por força da Emenda Constitucional 93, de setembro de 2016 que, inclusive, aumentou o percentual da desvinculação de 20% para 30%. A redução futura de recursos tende a ser relevante, basta avaliar que, no período entre 1995 e 2014, a incidência da DRU correspondeu a uma perda de aproximadamente R\$ 704,2 bilhões para toda a Seguridade Social²¹⁹.

O novo paradigma constitucional do investimento federal em saúde – emendas constitucionais 86, 93 e 95 – leva pesquisadores e agentes públicos a afirmarem que o Brasil provavelmente enfrentará situação que sequer pode ser considerada subfinanciamento, mas sim um “desfinanciamento”²²⁰ das políticas de promoção da saúde.

²¹⁶ O cenário é mais pessimista que as projeções do Governo, que, no Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2017, utilizou previsão de 3% ao ano.

²¹⁷ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revistas de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 10, n. 3. Brasília: UnB, 2016, p. 16-19.

Vale destacar que o referido estudo contém projeções com outros cenários sobre o crescimento do PIB brasileiro.

²¹⁸ Outras simulações sobre os impactos financeiros do Novo Regime Fiscal encontram resultados semelhantes. Nesse sentido, conferir: ROSSI, P.; DWECK, E.. Impacts of the new fiscal regime on health and education. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016.

²¹⁹ FUNCIA, F. R.; MENDES, A.. O SUS e seu financiamento. In: MARQUES, R. M.; PIOLA, S. F.; ROA, A. C. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde; OPAS/OMS no Brasil, pp. 139-168, 2016, p. 165.

²²⁰ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, P. S. B.. **Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil**. Nota Técnica 28 de 2016. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 22.

Para além do desenho constitucional, conforme acima exposto, o financiamento da saúde pública ainda enfrenta desafios na execução orçamentária. O problema está, portanto, em todo o caminho percorrido pelos recursos, desde a nascente até a foz. Nesse sentido, pesquisa realizada por Sérgio Piola e Fabíola Vieira aponta irregularidades no contingenciamento de recursos e na administração dos restos a pagar²²¹ na execução orçamentária do Ministério da Saúde. Uma das irregularidades apontada é a autorização – via decretos de programação orçamentária e financeira – de contingenciamento dos gastos com ASPS em situações vedadas pelas LDOs dos exercícios financeiros entre os anos de 2002 e 2015 – prática que contrasta com a blindagem aos eventuais contingenciamentos do pagamento da dívida pública²²². Essa prática promove, por exemplo, o estrangulamento do cofinanciamento federal de despesas que os municípios e estados possuem na oferta de serviços de atenção básica e no atendimento de média e alta complexidade²²³. O estudo relata, ainda, prejuízos com manipulação orçamentária dos restos a pagar de despesas empenhadas: o cancelamento, o não processamento ou o aumento das inscrições como restos a pagar como consequência da constante rolagem, ao longo dos anos, do pagamento das despesas. A pesquisa estima que, no período entre 2002 e 2014, a não aplicação efetiva dos recursos empenhados pelo Ministério da Saúde foi da ordem de quase 3%.²²⁴

A consequência das irregularidades na execução orçamentária é que o empenho do mínimo de receitas constitucionalmente previsto para a União – que efetivamente tem funcionado como teto – sequer representa, na prática, o real

²²¹ Restos a pagar “constituem em previsões de despesas de um dado exercício financeiro que, por razões diversas, não são pagas dentro desse exercício, isto é, cujo pagamento não ocorre até o final do ano para o qual elas estavam previstas” (Cf. HABER, M. *et al.* Despesa Pública. In: OLIVEIRA, R. F (Coord.). **Lições de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2016, p. 51.)

²²² HABER, M.. **A Tributação e o Financiamento do Direito à Saúde no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo- USP. São Paulo, 2012, pp. 202-203.

²²³ PIOLA, S. F.; VIEIRA, F. S.. **Implicações do Contingenciamento de despesas do Ministério da Saúde para o Financiamento Federal do Sistema Único de Saúde**. Texto para discussão 2260. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 44.

²²⁴ *Ibidem*, pp. 42-45.

montante revertido ano a ano em benefício da população²²⁵. Vale destacar que a efetividade dos gastos depende, ainda, das gestões estaduais e municipais, que aplicam tanto os recursos oriundos dos repasses federais, quanto suas receitas próprias. Muitas vezes, também no nível local, não é alcançada a correta execução orçamentária, especialmente se observadas as dificuldades encontradas em municípios brasileiros carentes de capacidades técnico-econômicas e marcados por forte desigualdade sociodemográfica e econômica.²²⁶

A atual conformação da estrutura normativa do financiamento da saúde, conforme exposto, reforça o histórico subfinanciamento da saúde pública em bases não democráticas, pois desvincula o investimento nas políticas sociais de saúde do progresso material da nação²²⁷. A compreensão desse problema público – que é um dos mais complexos desafios da nossa democracia – representa ponto central para a presente pesquisa, pois um dos efeitos esperados com a redução da parcela federal do financiamento do SUS é exatamente o aumento da judicialização da saúde²²⁸. Compreender a falta de recursos, contudo, é apenas parte do problema. Outro passo importante é a percepção do desnível entre os financiamentos público e privado, bem como as distorções advindas dos benefícios diretos e indiretos que o Poder Público oferta ao acesso privado aos serviços de saúde. Por tal razão, a pesquisa se volta para as distorções de financiamento existentes na interface público-privado.

2.1.2. Distorções do financiamento da saúde pública na interface com os serviços privados

²²⁵ Ibidem, pp. 44-46.

²²⁶ SANTOS, L.. **SUS**: Desafios Político-Administrativos da Gestão Interfederativa da Saúde – Regionalizando a Descentralização. 2012. Tese – Universidade Estadual de Campinas, UNICAMP. Campinas, 2012, p. 94.

²²⁷ UNGER, R. M.. **Democracy Realized**: the progressive alternative. Londres/Nova Iorque: Verso, 1998, p. 5 *et seq.*

²²⁸ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, P. S. B.. **Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil**. Nota Técnica 28 de 2016. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 15.

As considerações acima realizadas apontam a involução no investimento estatal nas políticas de saúde, situação que tende a agravar o subfinanciamento do setor público e aprofundar as desigualdades de acesso ao sistema de saúde²²⁹. Mas não é apenas o montante de recursos públicos que importa. O seu modo de circulação é igualmente relevante e, paradoxalmente, o atual formato potencializa a iniquidade e a apropriação individual²³⁰. O presente subtópico ilustra essa afirmação, ao tratar dos repasses de tais recursos para planos e seguros privados de saúde, para a oferta de benefícios de saúde a grupos de servidores ou empregados públicos e para o tratamento no SUS de pacientes que possuem cobertura contratada junto à saúde suplementar.

A desigualdade presente no financiamento direto ou indireto da saúde privada se torna ainda mais evidente ao se observar a composição do gasto no Brasil. A leitura da tabela abaixo auxilia a compreensão das distorções apontadas ao expor quatro dados: a porcentagem do PIB investido em saúde, a composição desse investimento sob o critério da fonte pública ou privada e o gasto com saúde *per capita* (média e gasto apenas público).

Tabela 3 – Evolução do gasto em saúde

Ano	Total do gasto em saúde em %PIB	% do gasto público sobre total	% do gasto privado sobre o total	Gasto per capita em saúde	Gasto público per capita em saúde
2000	7,2	40,3	59,7	US\$ 626	US\$ 252
2007	8,4	41,6	58,4	US\$ 837	US\$ 348
2008	8,4	44,0	56,0	US\$ 875	US\$ 385
2009	8,8	43,6	56,4	US\$ 921	US\$ 401
2010	9,0	47,0	53,0	US\$ 1.099	US\$ 466
2011	8,9	45,7	54,3	US\$ 1.119	US\$ 512
2012	9,5	47,5	52,5	US\$ 1.388	US\$ 659

Fonte: World health statistics 2010 – 2015 (OMS), elaboração própria.

²²⁹ MARQUES, R. M.; PIOLA, S.; OCKÉ-REIS, C. O.. Desafios e perspectivas futuras no financiamento do SUS. In: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sergio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABRÉS; Brasília: Ministério da Saúde; OPAS/OMS no Brasil, pp. 247-260, 2016, p. 258

²³⁰ BAHIA, L.. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciênc. saúde coletiva** [online]. v.13, n.5, pp.1385-1397, 2008, p. 1391.

Os dados apresentados na tabela colaboram para a percepção da prevalência do gasto privado sobre o público e do baixo investimento *per capita* do setor público se comparado com a média geral. Por outro lado, o percentual geral de investimento do PIB em saúde sugere representatividade razoável nesse aspecto, contudo, a composição do investimento público é muito baixa. Em 2013, por exemplo, o gasto governamental como percentual do PIB foi de 3,6%, equivalente a R\$ 190,2 bilhões, e o gasto das famílias com saúde foi de 4,4% do PIB, correspondentes a R\$ 227,6 bilhões. Relevante notar que essa parte menor do PIB – investida no SUS – deve ser alocada para atender exclusivamente a $\frac{3}{4}$ da população com a oferta integral de bens e serviços de saúde, parcela esta que não possui cobertura da saúde suplementar, além de atender a 100% da população com a oferta de bens e serviços de vigilância em saúde (sanitária e epidemiológica), vacinação e tratamentos de alto custo não cobertos pelos planos de saúde (tratamentos oncológicos, transplante de órgãos, etc)²³¹. A parte maior do investimento brasileiro em saúde, portanto, beneficia apenas $\frac{1}{4}$ da população, parcela que tem acesso à cobertura suplementar do setor privado.

O sistema suplementar atua tanto na oferta de serviços não cobertos pelo SUS quanto no fornecimento de cobertura duplicada, ou seja, promove acesso aos mesmos serviços do sistema público, mas com incremento de rapidez no acesso e qualidade nos serviços prestados. Com a perpetuação e a cristalização desse modelo, o Brasil permanece como o único país do mundo com sistema universal de saúde onde o gasto privado supera o público²³² e, assim, se caracteriza pela convivência do grave subfinanciamento do sistema público e universal com o adequado financiamento do setor privado. Essa é uma das faces do que afirmamos ser o *apartheid* da saúde no Brasil.

²³¹ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, P. S. B.. **Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil**. Nota Técnica 28 de 2016. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, pp. 8-9.

²³² BARROS, M. E. D.; PIOLA, S. F.. O financiamento dos serviços de saúde no Brasil. In: MARQUES, R. M.; PIOLA, S. F.; ROA, A. C. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde; OPAS/OMS no Brasil, p. 101-138, 2016, p. 102.

Assim, ao mesmo tempo que subfinancia a saúde pública, o Estado financia a saúde privada. Como destacado anteriormente, quatro segmentos compõem vias básicas de acesso da população aos serviços de saúde: SUS, planos privados, assistência a servidores/empregados públicos e serviços privados autônomos. Tais segmentos se comunicam, e uma das principais formas de comunicação é o financiamento público, que, direta ou indiretamente, estende-se a todos eles. A forma mais utilizada é o financiamento indireto, por intermédio de renúncias fiscais de arrecadação (gastos tributários), que incluem as deduções do imposto de renda concedidas às pessoas físicas e jurídicas devido a um amplo rol de gastos com serviços de saúde, as isenções concedidas às instituições sem fins lucrativos e a desoneração tributária de determinados fármacos.²³³

O gasto tributário em saúde é elevado. Pesquisa do IPEA realizada por Carlos Ocké-Reis e por Filipe da Gama aponta que, entre 2003 e 2013, o governo subsidiou o setor privado de saúde em aproximadamente R\$ 230 bilhões com o uso de renúncias de arrecadação de tributos. No último ano da série – 2013 – os subsídios foram de R\$ 25,4 bilhões, valor que equivale a 30,5% do orçamento do Ministério da Saúde para aquele exercício financeiro. A maior parte dessa renúncia fiscal favorece diretamente as pessoas físicas (famílias) que gastam com saúde privada, pois, em 2013, se beneficiaram com 37,8% do total do gasto tributário^{234,235}. Dentre os subsídios dados às pessoas físicas, destacam-se aqueles para pagamento de planos de saúde, que apresentaram trajetória crescente entre 2003 e 2013, alcançando 67,9% no final do período. Esse percentual correspondeu a crescimento real dos subsídios de R\$ 3,3 bilhões, em 2003, para R\$ 6,5 bilhões, em 2013, ou seja, o gasto tributário dobrou²³⁶.

²³³ PIOLA, S.F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. Financiamento do Sistema Único de Saúde: Trajetória Recente e Cenários para o Futuro. **Rev. Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 30, n. especial, pp. 9-33, 2012, p. 12.

²³⁴ OCKE-REIS, Carlos Octávio; GAMA, Filipe Nogueira da. **Radiografia do gasto tributário em saúde – 2003-2013**. Nota Técnica nº 19. Brasília: Ipea, 2016, pp. 22-24.

²³⁵ Logo após os gastos das pessoas físicas, em 2013, os mais beneficiados foram os hospitais filantrópicos (29,1%), seguidos da indústria farmacêutica (17,1%) e das pessoas jurídicas (16%). Os gastos tributários com os dois últimos, contudo, apesar de ainda serem menos representativos, são os que apresentam crescimento mais acentuado (Ibidem, p. 24-25).

²³⁶ Ibidem, p. 26-27.

A combinação de subfinanciamento da saúde pública – que prejudica a oferta de seus serviços – e de incentivos financeiros à compra de serviços privados compromete a estruturação do SUS e favorece a segmentação na saúde. Essa combinação opera, de um lado, estimulando o cidadão a buscar mais eficiência no acesso por intermédio da adesão à saúde suplementar²³⁷ e, de outro, pela “coparticipação” do Estado nas opções privadas de cada consumidor. Não é surpresa, portanto, que “quando as famílias passam a ter recursos disponíveis, elas optam por pagar planos de saúde”²³⁸. O estímulo estatal a esse comportamento aprofunda as desigualdades no acesso à saúde entre as famílias, pois as renúncias possuem caráter tributário regressivo em favor dos grupos sociais com maior capacidade de receita²³⁹. Segundo Lígia Bahia, aproximadamente 20% dos gastos com o financiamento dos planos e seguros de saúde derivam de fontes públicas, e há evidência de que a mobilização de novas linhas de subsídios públicos é relevante para expandir as demandas por planos privados de saúde²⁴⁰.

O financiamento público da saúde privada, conforme destacamos, tem outras faces além da renúncia fiscal. Uma delas é o financiamento de serviços exclusivos de saúde para corporações específicas de servidores públicos civis, para servidores militares e para empregados públicos de empresas estatais. Essa prática perfaz mais um dos incentivos ao mercado privado²⁴¹, além de claramente aprofundar as desigualdades de acesso aos serviços de saúde. Tal gasto já foi comumente contabilizado por algumas unidades da Federação como gasto público em ASPS, apesar de tais serviços não possuírem acesso universal e igualitário, pois são

²³⁷ IPEA. **Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Brasília, 2011, pp. 17-18.

²³⁸ GARCIA, L. P.; SANT'ANNA, A. C.; MAGALHAES, L. C. G.; AUREA, A. P.. Gastos com saúde das famílias brasileiras residentes em regiões metropolitanas: composição e evolução no período 1995-2009. **Ciênc. saúde coletiva** [online], v.18, n.1, pp.115-128, 2013, p. 126.

²³⁹ MENDES, A.; WEILLER, J. A. B.. Renúncia fiscal (gasto tributário) em saúde: repercussões sobre o financiamento do SUS. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, pp. 491-505, 2015, p. 496.

²⁴⁰ BAHIA, L.. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciênc. saúde coletiva** [online]. v.13, n.5, pp.1385-1397, 2008, p. 1390.

²⁴¹ Idem.

destinados a uma “clientela fechada”²⁴². Essa situação foi definitivamente proibida pela regulamentação realizada pelos artigos 3º e 4º da LC 141. Apesar de tal alteração, permanece o financiamento de planos de saúde ou de oferta de serviços próprios dessa natureza em várias das unidades da Federação, e chama atenção o quão pouco conhecido é o volume de recursos aportado pelo Estado para manutenção dos referidos benefícios.²⁴³

Merece atenção, ainda, o baixo ressarcimento pelos planos e seguros de saúde por procedimento realizados no SUS em benefício de consumidores com cobertura da saúde suplementar. Tal forma de ressarcimento foi instituída pelo artigo 32 da Lei 9.656/98²⁴⁴ e tem sua origem em projeto encaminhado pelo ex-Ministro da Saúde Adib Jatene em março de 1996²⁴⁵. Nos primeiros anos de criação, os valores obtidos por essa forma de ressarcimento foram pouco significativos face ao total das renúncias fiscais, o que se deu tanto pelos procedimentos adotados quanto pelo fato de apenas as internações hospitalares constituírem objeto de ressarcimento. A própria ANS, instituição responsável pela cobrança, informa que “em que pese a elevada utilização do SUS por parte das operadoras/beneficiários, no período de 1998 a junho de 2014, apenas 1.593.910 atendimentos foram passíveis de ressarcimento, o que remonta a quantia de R\$ 2.616.649.261,30 ou cerca de 48% do total cobrado”²⁴⁶. Apenas a partir de maio de 2015 foram também incluídos no rol de procedimentos a serem ressarcidos os exames e terapias

²⁴² PIOLA, S.F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. Estruturas de financiamento e gasto do sistema público de saúde. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, pp. 19-70, 2013, p. 52.

²⁴³ SANTOS, I. S. *et al.* O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1431-1440, 2008, p.1439)

²⁴⁴ Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

²⁴⁵ COSTA, R. C. R. da. Descentralização, Financiamento e Regulação: a Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 18, pp. 49-71, 2002, p. 60.)

²⁴⁶ ANS. **Boletim Informativo**: utilização do sistema público por beneficiários de Planos de Saúde e ressarcimento ao SUS. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), n. 1, 2016, p. 9.

ambulatoriais de alta e média complexidade, que passaram a ser identificados por meio da Autorização de Procedimento Ambulatorial (APAC). A iniciativa dobrou, em um semestre²⁴⁷, a quantidade de procedimentos identificados para ressarcimento, e há possibilidade de evolução significativa no montante ressarcido.

Os estímulos e financiamentos, diretos e indiretos, dos recursos públicos ao setor privado de saúde podem experimentar, em futuro próximo, acentuado incremento na hipótese de regulamentação dos chamados planos de saúde populares, que, surpreendentemente, advém de proposta do próprio Ministério da Saúde²⁴⁸. A proposta pode, nesse sentido, acentuar o desequilíbrio observado no financiamento do sistema público, bem como adicionar mais uma camada de segmentação no acesso aos serviços de saúde.

Em face ao acima exposto, pode-se afirmar que, no Brasil, enquanto o financiamento público não é priorizado, renúncias fiscais para o setor privado, por sua vez, aumentam²⁴⁹. Tais incentivos são capturados pelos grupos mais influentes, que atuam mais intensamente a fim de usufruir dos benefícios e subsídios fiscais ofertados pelo Estado brasileiro²⁵⁰. Existe, conforme destacado na introdução desta tese, uma percepção compartilhada entre os cidadãos de que a saúde pública é um problema central para a democracia brasileira. Não se observa, entretanto, disposição, especialmente pela parcela de cidadãos privilegiados, para enfrentar esse desafio, uma vez que isso pode colocar em risco algum de seus privilégios. Não há mobilização política de expressão para pôr fim às renúncias fiscais ou aos planos de saúde pagos pelo Estado aos servidores públicos de modo a redirecionar tais recursos para reduzir o subfinanciamento do SUS. Pelo contrário, “o contexto da globalização financeira no setor saúde, considerando o perfil conservador da atual coalizão governamental e a baixa capacidade de pressão da sociedade civil,

²⁴⁷ Ibidem, p. 12.

²⁴⁸ BAHIA, Ligia *et al.* . Private health plans with limited coverage: the updated privatizing agenda in the context of Brazil's political and economic crisis. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro , v. 32, n. 12, 2016, p. 4.

²⁴⁹ VIEIRA, F. S.. Impact of recent decisions and discussions on the Brazilian Public Health System financing. **Saúde debate**, Rio de Janeiro , v. 40, n. 109, pp. 187-199, junho/ 2016, p. 196.

²⁵⁰ IMMERVOL, Harwig *et al.* **The Impact of Brazil's Tax-Benefit System on Inequality and Poverty**. Goettingen: Georg-August-Universitat Gottingen, 2005.

a expansão do mercado e dos subsídios, pode se afirmar como cenário bastante plausível”²⁵¹. A situação se aproxima muito do problema que Cornel West identifica na sociedade norte-americana: o “nihilismo sentimental”. Segundo West, esse comportamento social é caracterizado pela falta de disposição em adotar um discurso franco contra situações de injustiça, mesmo às custas da manutenção de males sociais, e pela postura de se contentar em permanecer na superfície dos problemas, sem se aprofundar nas questões substantivas²⁵². Como bem observou Roberto Mangabeira Unger, a saúde no Brasil é uma questão de consciência²⁵³ e, portanto, o avanço nessa seara social demanda tanto reformas institucionais para o refinanciamento do SUS quanto mudanças de consciência em relação ao problema de separar os destinos da minoria privilegiada e da maioria empobrecida que compõe as classes populares.²⁵⁴

Enquanto os problemas expostos não são enfrentados de forma adequada, a previsão para os próximos anos é de grave repercussão na gestão do SUS e de dificuldades ainda maiores de acesso, principalmente nos estados mais pobres, que dependem mais intensamente das transferências federais de recursos²⁵⁵. O contingenciamento orçamentário tende a repercutir negativamente sobre os programas preventivos, pois a pressão da demanda dificulta restrições mais agudas aos serviços de urgência e emergência e de pronto atendimento. Assim, a tendência é que, no horizonte de contingenciamento, a gestão do SUS seja obrigada a fazer escolhas alocativas ruins: deixar de investir em promoção e prevenção da saúde,

²⁵¹ MARQUES, R. M. *et al.* Desafios e perspectivas futuras no financiamento do SUS. In: MARQUES, R. M. *et al.* (Orgs). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde; OPAS/OMS no Brasil, pp. 247-260, 2016, p. 258.

²⁵² WEST, C.. **Democracy Matters**. Nova Iorque: Penguin Books, 2004, p. 38-39.

²⁵³ UNGER, R. M.. Saúde: questão de consciência. São Paulo, 24 jan. 2010. Tendências e Debates.

Folha de São Paulo. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2401201009.htm>

Acesso em: 06 jul. 2016.

²⁵⁴ No mesmo sentido defendido por Unger, manifesta-se Gastão Campos, para quem “O SUS depende do fortalecimento da consciência e da responsabilidade social entre os brasileiros (CAMPOS, G. W. de S.. Paradoxos na construção do SUS. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 705-708, set. 2015, p. 707).

²⁵⁵ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. **Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Nota Técnica nº 28. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 15.

que são políticas mais baratas, para tratar pacientes crônicos, cujos agravos poderiam ter sido evitados²⁵⁶. As consequências, contudo, vão além da atenção básica. A falta de investimento enfraquece o sistema público como um todo, ao mesmo tempo em que estimula a expansão e a consolidação da oferta privada, reforçando, assim, o desequilíbrio público-privado também na provisão de serviços médicos.²⁵⁷

Em suma, observa-se que os esforços do constituinte originário e das reformas subsequentes não foram suficientes para suprir o grave problema do subfinanciamento do setor público de saúde. Aliás, como descrito acima, na seara do financiamento, o SUS “capenga de um remendo para outro”²⁵⁸. Essa grave situação, amplamente reconhecida nos âmbitos acadêmico²⁵⁹ e institucional²⁶⁰, mina a capacidade de o SUS cumprir sua missão de ofertar saúde conforme todas as diretrizes constitucionais: universalidade, equidade, descentralização, integralidade e participação social. Mais que isso, revela, também, a persistente dificuldade em se migrar do debate centrado no *déficit* das contas públicas para o debate mais amplo sobre sua real composição e sobre como organizá-la de forma a alcançar crescimento mais inclusivo e sustentável²⁶¹. O desenho jurídico e institucional do SUS é organizado, coordenado e moderno, contudo, sofre com a falta de recursos materiais para colocar em prática o “plano constitucional” de implantar um sistema público universal²⁶². Tal situação colabora para a prática institucional injusta observada no sistema de saúde brasileiro, contexto que passa a ser melhor avaliado no tópico seguinte.

²⁵⁶ Ibidem, p. 15.

²⁵⁷ PESSOA, L. R. et al. . Reallocation of the Unified Health System's supply to face attend future problems: the case of traumatology in Brazil. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 110, pp. 9-19, 2016, pp. 17-18.

²⁵⁸ UNGER, R. M.. Saúde: questão de consciência. São Paulo, 24 jan. 2010. Tendências e Debates. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2401201009.htm>. Acesso em: 06 jul. 2016.

²⁵⁹ PIOLA, SF.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. **Financiamento Público da Saúde**: uma história a procura de rumo. Texto para discussão 1.846. Rio de Janeiro: IPEA, 2013, p. 38.

²⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A gestão do SUS**. Brasília: CONASS, 2015, p. 87.

²⁶¹ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State**: debunking public vs. private sector myths. Nova Iorque: PublicAffairs, 2015, pp. 1-2.

²⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Op. cit., p. 90.

2.2. As duas faces da injustiça na saúde brasileira: o apartheid da saúde e a má-fé institucional

O problema grave do subfinanciamento do SUS não foi varrido para debaixo do tapete. Embora a situação tenha se agravado, permanece a mobilização política em torno da questão e vicejam estudos acadêmicos sobre a economia da saúde. Não se pode, porém, dizer o mesmo em relação ao problema da injustiça.

A elite reformadora e republicana que estruturou o SUS – e segue zelando por sua integridade - entende que só se deve abordar o problema da injustiça depois de equacionar a questão do financiamento e, ao fazer isso, incorre em equívoco^{263,264}. A injustiça é vista, regra geral, mais como subproduto do casamento infeliz entre subfinanciamento e deficiências de gestão do que como característica estruturante do sistema. Tal percepção parece residir na esperança de que, com recursos adequados e gestão ajustada, livre de corrupção, a saúde brasileira alcançaria o almejado padrão inglês. Ledo engano. A injustiça, traduzida na desigualdade no acesso aos serviços de saúde, é um fator fundamental e estruturante por si só, pois reproduz um esquema de desigualdade que se perpetua ao longo da formação dos cuidados de saúde no Brasil²⁶⁵. A injustiça é, ao mesmo tempo, causa e consequência do subfinanciamento, da má gestão e de outros tantos males que afetam o SUS. Combatê-la deveria, então, ser o objetivo primeiro de qualquer conjunto de iniciativas em favor do SUS.²⁶⁶

A desigualdade e a estratificação dentro das sociedades influenciam diretamente os problemas sociais e econômicos, embora sejam contingentes e

²⁶³ UNGER, R. M.. Saúde: questão de consciência. São Paulo, 24 jan. 2010. *Tendências e Debates. Folha de São Paulo*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2401201009.htm>. Acesso em: 06 jul. 2016.

²⁶⁴ Tal equívoco, contudo, não é exclusividade dos herdeiros da Reforma Sanitária Brasileira. O problema das desigualdades de saúde ganham proeminência na agenda da saúde pública em âmbito internacional apenas no início da década de 1980. A questão, anteriormente, não despertava muito alarde e, mesmo após esse período, a preocupação com a elevação dos “padrões gerais de saúde” ainda sugeria que as desigualdades de saúde eram uma questão secundária, de menor relevância (Cf. WILKINSON, R.; PICKETT, K.. **O nível**: Porque uma sociedade igualitária é melhor para todos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, pp. 71-72).

²⁶⁵ A questão é abordada com maior profundidade no segundo capítulo do presente estudo.

²⁶⁶ UNGER, R. M., op. cit., loc. cit.

conectadas à diferenciação funcional, sobretudo no nível das trajetórias individuais²⁶⁷. Nesse contexto, embora o poder aquisitivo de cada cidadão, por si só, não lhe oferte distinção absoluta dos demais ou fruição de todos os bens disponíveis, pode influenciar decisivamente na construção de estratégias nesse sentido²⁶⁸. A saúde tem vários determinantes sociais identificados: alimentação²⁶⁹, habitação²⁷⁰, meio ambiente²⁷¹, nível educacional²⁷², gênero²⁷³, raça²⁷⁴, sucesso profissional²⁷⁵, etc. Dentre eles, tem especial prevalência a renda e, portanto, a desigualdade em sua distribuição. São abundantes e consistentes os estudos internacionais que realizam tal correlação²⁷⁶. Assim, dentro de cada país, a saúde das pessoas está relacionada às suas rendas, de forma que os ricos, em média, tendem a ser mais saudáveis que os pobres²⁷⁷. Mesmo em sociedades muito igualitárias, como, por exemplo, a Noruega, níveis mais elevados de desigualdade de renda regional estão associados a níveis mais altos de mortalidade e tal relação

²⁶⁷ TORRES JUNIOR, R. D.. O problema da desigualdade social na teoria da sociedade de Niklas Luhmann. **Cad. CRH**, Salvador, v. 27, n. 72, pp. 547-561, dez. 2014, p. 554.

²⁶⁸ Ibidem, p. 551.

²⁶⁹ SELIGMAN, H.; SCHILNGER, D.. Hunger and Socioeconomic Disparities in Chronic Disease. **New England Journal of Medicine**, vol. 363, n. 1, pp. 6-9, jul. 2010, p. 6.

²⁷⁰ WILLIAMS, D.R.; COLLINS, C. Racial Residential Segregation: A Fundamental Cause of Racial Disparities in Health. **Public Health Reports**, v. 116, pp. 404-416, out. 2001, p. 404.

²⁷¹ HEIMAN, H. J., and ARTIGA, S.. Beyond Health Care: The Role of Social Determinants in Promoting Health and Health Equity, **Kaiser Family Foundation**, Nov. 4, 2015, p. 3.

²⁷² PHELAN, Jo C.; LINK, Bruce G.; TEHRANIFAR, Parisa. Social Conditions as Fundamental Causes of Health Inequalities: Theory, Evidence, and Policy Implications. **Journal of Health and Social Behavior**, v.51, pp. S28-S40, 2010.

²⁷³ DINIZ, D.. **Zika, do sertão nordestino à ameaça global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

²⁷⁴ WILLIAMS, D.R.; MOHAMMED, S. A.. Racism and Health I: Pathways and Scientific Evidence. **American Behavioral Scientist**, v. 57(8), pp. 1152–1173, 2013, p. 1152.

²⁷⁵ REDELMEIER, D A ; SINGH, S. M. Survival in Academy Award-winning actors and actresses. **Annals of internal medicine**, vl.134 (10), pp. 955-62, 2001, p. 961.

²⁷⁶ Destacamos o estudo feito ainda no ano de 2005 por Wilkinson e Pickett, que reúne a revisão de 168 análises que reportam achados de pesquisas sobre a associação entre distribuição de renda e saúde da população. Na interpretação dos pesquisadores, tal relação está presente nas situações em que a desigualdade de renda serve de medida para a escala da diferenciação por classes sociais. Para eles, as evidências nesse sentido são “esmagadoras”, em razão dos estudos empíricos realizados em grandes áreas (WILKINSON, R. G.; PICKETT, K. E.. Income Inequality and Population Health: A Review and Explanation of the Evidence. **Social Science & Medicine**, v. 62, n. 7, pp. 1768–1784, 2006, p. 1779). Outro exemplo é a pesquisa de Salvatore Babones, que permitiu ao autor concluir que há clara e firme correlação entre desigualdade de renda e saúde da população no nível dos países (BABONES, S. J.. Income inequality and population health: Correlation and Causality. **Social Science & Medicine**, v. 66, n. 7, pp. 1614-1626, 2008, p. 1.625).

²⁷⁷ WILKINSON, R.; PICKETT, K.. **O nível: Porque uma sociedade igualitária é melhor para todos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 55.

é mais acentuada entre os que se encontram em posições sociais desfavoráveis²⁷⁸. Parte desse resultado^{279,280} pode ser atribuída, especialmente no caso brasileiro, à marcante associação que renda e estratificação social guardam com o acesso aos bens e serviços de saúde. Tal relação é o objeto do presente tópico.

No Brasil, as disparidades de acesso ao sistema de saúde impressionam, especialmente diante de quase três décadas da instituição formal do modelo de saúde universal e igualitária pela Constituição de 1988. O lado mais evidente dessa realidade é o *apartheid* da saúde, ou seja, a histórica segmentação entre quem pode e quem não pode pagar o preço de entrada na saúde privada²⁸¹. O aspecto menos evidente, mas também relevante, é a segregação sofrida pelas classes populares dentro do próprio SUS, especialmente os indivíduos da “ralé”: é o que chamamos de má-fé da saúde pública. Iniciamos a abordagem pelo primeiro aspecto, no subtópico que segue.

2.2.1 O *apartheid* na saúde: a segmentação público-privado

2.2.1.1 Características do *apartheid* na saúde

O sistema privado de saúde, que é adjetivado como “suplementar” pela Constituição Federal, é, na prática, um sistema alternativo. Alternativo porque sua principal característica não é prover serviços complementares, mas sim garantir

²⁷⁸ DAHL, E. *et al.* For Whom Is Income Inequality Most Harmful? A Multi-level Analysis of Income Inequality and Mortality in Norway. **Social Science & Medicine** 63, Boston, n. 10, pp. 2562-574, 2006, p. 2572.

²⁷⁹ Outra área importante na qual a renda influencia diretamente a saúde é o local de habitação. O código de endereçamento postal (CEP) de uma pessoa pode ser um dado mais importante para definir como será sua saúde do que o seu próprio código genético (HEIMAN, H. J., and ARTIGA, S.. **Beyond Health Care: The Role of Social Determinants in Promoting Health and Health Equity**. Kaiser Family Foundation, Nov. 4, 2015, p. 3).

²⁸⁰ Para uma visão mais abrangente da questão, conferir: FIOCRUZ. **As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil**. Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008.

²⁸¹ Diversos são os autores os quais destacam que o critério financeiro é a linha fundamental que delinea a fronteira entre público e privado. Nesse sentido, Lígia Bahia afirma que “a divisão entre sistema público e privado segue baseada na idéia de clientes pagantes e não pagantes” (BAHIA, L.. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. **Ciência & saúde coletiva**, São Paulo, v. 6, n. 2, pp. 329-339, 2000, p. 339).

uma cobertura duplicada. No contexto de um modelo de Sistema Nacional de Saúde – como é o SUS –, a conformação de um *mix* público-privado de serviços é caracterizada como suplementar quando há elementos de sofisticação, tais quais hotelaria, procedimentos estéticos, escolha de medicamentos, uso de tecnologia mais avançadas, entre outros²⁸². De outro lado, a cobertura do setor privado é considerada duplicada quando oferta serviços semelhantes àqueles a cargo do sistema público, de forma a possibilitar que o consumidor do serviço privado tenha opção entre ambos e, assim, possa optar por acessar os serviços privados para evitar os gargalos do sistema público.

Os sistemas nacionais de saúde possuem cobertura ampla e comumente enfrentam dificuldades na oferta de serviços mais especializados e com uso mais intensivo de tecnologia, tais quais consultas a especialistas, internações de caráter eletivo e serviços de apoio ao diagnóstico e à terapêutica (SADT). É nesse espaço de prestação ineficiente do setor público que geralmente atuam os seguros e planos de saúde que oferecem a cobertura duplicada²⁸³. É possível inferir, portanto, que o potencial de expansão do setor privado em determinada sociedade é inversamente proporcional ao grau de penetração do sistema público, ou seja, da percepção e confiança dos cidadãos na qualidade, facilidade de acesso e acolhimento dos serviços públicos de saúde²⁸⁴.

A segmentação decorrente da cobertura duplicada ocorre em diversos países, conforme será exposto no próximo capítulo, mas, no Brasil, toma dimensão muito significativa e constitui o “ponto nevrálgico da relação público-privada”²⁸⁵. O percentual de brasileiros segurados por planos é alto (aproximadamente 25%) e a cobertura de serviços especializados também ofertados pelo SUS é oferecida para

²⁸² SANTOS, I. S.; SANTOS, M. A. B.; BORGES, D. C. L.. Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, pp. 72-131, 2013, p. 94.

²⁸³ COLOMBO, F.; TAPAY, N.. Private Health Insurance in OECD Countries: the Benefits and Costs for Individuals and Health Systems. **OECD Health Working Paper**, Paris: OECD Publishing, n. 15, 2004, p. 18.

²⁸⁴ SANTOS, I. S.. Evidência sobre o mix público-privado em países com cobertura duplicada: agravamento das iniquidades e da segmentação em sistemas nacionais de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, pp. 2743-2752, 2011, p. 2744.

²⁸⁵ Ibidem, p. 2748.

mais de 95% dessa clientela²⁸⁶. Os indicadores mais claros dessa relação estão, de um lado, na capacidade de os indivíduos obterem cobertura por planos privados de saúde e, de outro, na frequência de uso dos serviços do SUS. Segundo dados de 2008, 82,5% dos indivíduos em famílias com renda média maior do que 5 salários mínimos possuíam planos de saúde. No extremo inferior do extrato econômico, nas famílias com renda média de até meio salário mínimo, apenas 4,4% dos indivíduos ostentavam cobertura privada²⁸⁷. A chance de um indivíduo posicionado nos estratos mais baixos de renda vir a acessar o serviço público de saúde é dezenove vezes maior se comparada aos de maior renda²⁸⁸. É possível encontrar paralelo semelhante utilizando-se o critério da educação formal: a possibilidade de brasileiros com até 3 anos de estudo utilizarem o serviço público de saúde é quatro vezes maior do que daqueles com 11 anos ou mais de estudo²⁸⁹. Diante de tal correlação entre renda e grau de instrução, é natural que a população integrada ao mercado formal e que partilha da maior parte da renda nacional tenha se tornado a clientela principal do setor privado²⁹⁰.

A notável expansão recente dessa clientela no Brasil, conforme já afirmamos, tem aprofundado a segmentação no acesso à saúde; contudo, não há atuação consistente do Estado para lidar com tal situação. Pelo contrário, a ANS não tem freado as estratégias seletivas adotadas pelas empresas, e sua regulação do setor não tem impedido, por exemplo, a seletividade de perfil de clientela realizada na propagação de planos coletivos²⁹¹.

O aumento da segmentação também tem encontrado suporte na atuação do Ministério da Saúde, na medida em que a recente defesa dos “planos populares”

²⁸⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Dados consolidados da saúde suplementar**. Brasília, 2016. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>

Acesso em: 20 maio 2017.

²⁸⁷ COSTA, N. R.; VAITSMAN, J.. Universalization and Privatization: How Policy Analysis can Help Understand the Development of Brazil's Health System. **Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice**, v. 16, n. 5, pp. 441-456, out 2014, p. 450.

²⁸⁸ FIOCRUZ. **As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil**. Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008, p. 77.

²⁸⁹ Ibidem, p. 77.

²⁹⁰ COSTA, N. R.; VAITSMAN, J., op. cit, loc. cit.

²⁹¹ Ibidem, p. 454.

aposta no equivocado senso comum de que “o fato de parcela da população estar assegurada desoneraria os sistemas públicos pela diminuição da demanda aos seus serviços ou do gasto público com saúde”²⁹². Tal discurso representa perversão de nossa organização econômica, na medida em que se tenta compensar a escassez de bens públicos produzindo mais bens privados, de forma a encontrar no consumo privado um consolo estéril para as frustrações no plano social²⁹³. Além do problema de concepção, as pesquisas em âmbito internacional apontam que o resultado prático tende a ser negativo, pois há evidência empírica de que o aumento da participação privada na composição dos investimentos em saúde não oferece solução para os desafios enfrentados pelos sistemas de financiamento público²⁹⁴. Pelo contrário, pode até ser prejudicial²⁹⁵. Ademais, ainda que de forma simbólica, tal iniciativa se insere em um contexto global muito mais amplo de justificativas em favor de reduzir a atuação estatal em atividades públicas em prol do setor privado, supostamente mais dinâmico e eficiente²⁹⁶. A dualidade das políticas de saúde não se resume, portanto, às formas de financiamento, acesso e produção dos serviços, pois também se revela na atuação governamental.²⁹⁷

A atuação estatal dúbia conviveu – e convive – com a movimentação assertiva do setor privado, que foi bem-sucedido em promover a expansão de sua clientela dentre aqueles trabalhadores que ascenderam financeiramente durante o recente período de crescimento econômico brasileiro²⁹⁸. Ostentar um plano de

²⁹² SANTOS, I. S.. Evidência sobre o mix público-privado em países com cobertura duplicada: agravamento das iniquidades e da segmentação em sistemas nacionais de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, pp. 2743-2752, 2011. p. 2744.

²⁹³ UNGER, R. M.. **Democracy Realized: the progressive alternative**. Londres/Nova Iorque: Verso, 1998, p. 7.

²⁹⁴ TUOHY, C. *et al.* How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**. Duke University Press, v. 29 (3), pp.359-396, 2004, p. 388.

²⁹⁵ Ibidem, p. 388.

²⁹⁶ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths**. Nova Iorque: PublicAffairs, 2015, p. 4.

²⁹⁷ MENICUCCI, T. M. G.. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 292.

²⁹⁸ COSTA, N. R.; VAITSMAN, J.. Universalization and Privatization: How Policy Analysis can Help Understand the Development of Brazil's Health System. **Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice**, v. 16, n. 5, pp. 441-456, out 2014, p. 450.

saúde passou a ser marca de prosperidade para os cidadãos da classe média²⁹⁹ e, como normalmente acontece com os privilégios de classe social, as desigualdades decorrentes dessa segmentação na saúde seguem um caminho de naturalização³⁰⁰. Se aceita o privilégio e sua contraparte, a precariedade, como situações legítimas, merecidas ou até justas. A propaganda em torno do sucesso do acesso privado ao bem-estar muitas vezes oculta essa natureza excludente³⁰¹. Em tal cenário, a universalização dos serviços de saúde permanece no plano formal da Constituição e, na prática, observa-se a redução “do sistema público a um atendimento para os pobres, portanto – ou porque – ruim, induzindo os assalariados de poder aquisitivo estável (os que vocalizam reivindicações) a aderirem aos seguros privados ou semiprivados, à medicina de grupo, de empresa etc”³⁰².

O *apartheid* da saúde no Brasil, portanto, contrasta a simplificação dos serviços prestados pelo SUS – cada vez mais relegados à condição de produtos de consumo para circuitos sociais inferiores – com o diferencial de acesso, qualidade e sofisticação que a combinação das coberturas duplicada e suplementar do setor privado oferecem³⁰³. Vale destacar que, embora as vantagens da cobertura duplicada, conforme argumentamos, representem o principal terreno de avanço dos planos privados, os diferenciais de acolhimento, cuidado, hotelaria, sofisticação e intensificação da incorporação de tecnologia da cobertura suplementar têm potencial para aumentar a demanda³⁰⁴. Aliás, a própria ampliação do setor privado já conduz a um processo de reestratificação interna, que reforça a reprodução do *status* sócio-ocupacional dos consumidores nas diferenças de acesso aos serviços³⁰⁵. Nesse sentido, a parte de cima da clientela tem se beneficiado de um

²⁹⁹ BRITNELL, M. In **Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015, p. 1505.

³⁰⁰ SOUZA, J.. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 180.

³⁰¹ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil**: estratégias de bem-estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 73.

³⁰² Ibidem, p. 12.

³⁰³ SANTOS, I. S.; SANTOS, M. A. B.; BORGES, D. C. L.. Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro. In: **A Saúde no Brasil em 2030**: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, pp. 72-131, 2013, p. 93.

³⁰⁴ Ibidem.

³⁰⁵ Embora as disparidades de atendimento entre os consumidores de planos privados não integrem o escopo do presente trabalho, é importante destacar que o desnível de qualidade e eficiência entre

acesso mais exclusivo aos hospitais filantrópicos de primeira linha, que ofertam serviços mais complexos e de alto custo. No outro extremo, está o processo de alargamento do mercado dos variados planos de saúde com cobertura limitada, desenhados para o consumo por servidores públicos e trabalhadores com ocupações menos especializadas³⁰⁶. A injustiça no acesso, portanto, não está mais apenas na barreira entre público e privado, encontra-se também na estratificação dentro do próprio grupo privilegiado na organização do *apartheid* da saúde.

Os planos de saúde, sofisticados ou populares, têm se configurado, portanto, como fator gerador de desigualdade uma vez que têm atendido, prioritariamente, uma parcela específica da população brasileira: “pessoas com renda mais elevada, cor da pele branca, maior nível de escolaridade, inseridas em determinados ramos no mercado de trabalho e residentes em capitais ou regiões metropolitanas”³⁰⁷. Para essa parcela da população, entretanto, a manutenção da cobertura privada tem sido cada vez mais custosa. Pesquisa de Leila Garcia aponta que o gasto com planos de saúde aumentou tanto para as famílias pertencentes ao primeiro quinto de renda quanto para as famílias com menor renda³⁰⁸.

Restrita e custosa, a acentuada segmentação encontrada no *mix* público-privado se dá em franco prejuízo à maioria da população brasileira, composta pelas classes populares, a qual não se beneficia da cobertura privada. Mais que isso, além de não se beneficiarem, as classes populares são mesmo prejudicadas, pois o segmento suplementar não desonera o SUS, mas sim o sobrecarrega, devido à

essa clientela pode ser ainda mais grave do que aquele encontrado entre os pacientes que contam apenas com a cobertura do SUS. Nesse sentido, a pesquisa de Umberto Pessoto: “Ressalte-se ainda que, enquanto o tempo médio de espera entre os não possuidores de planos é distribuído de maneira mais ou menos homogênea entre os cinco quintis de renda, entre os possuidores de planos observa-se uma escala descendente, ou seja, enquanto o quintil inferior de renda refere um tempo médio de espera de 46 minutos, o quinto e último quintil espera 26 minutos por atendimento de saúde. (...) Na rede SUS, o tratamento dos usuários é praticamente igual” (PESSOTO, Umberto Catarino *et al.* Desigualdades no acesso e utilização dos serviços de saúde na Região Metropolitana de São Paulo. **Ciência & saúde coletiva**, v. 12, n. 2, Rio de Janeiro, pp. 351-362, abr 2007, p. 356).

³⁰⁶ BAHIA, L.. The Brazilian health system between norms and facts: mitigated universalization and subsidized stratification. **Ciênc. saúde coletiva**. v.14, n.3, pp.753-762, 2009, p. 760.

³⁰⁷ GARCIA, L. P.; SANT'ANNA, A. C.; MAGALHAES, L. C. G.; AUREA, A. P.. Gastos com saúde das famílias brasileiras residentes em regiões metropolitanas: composição e evolução no período 1995-2009. **Ciênc. saúde coletiva**, v.18, n.1, pp.115-128, 2013, p. 126.

³⁰⁸ *Ibidem*.

própria duplicação³⁰⁹, que se soma às distorções causadas pelo modelo de financiamento já descrito anteriormente. A mencionada sobrecarga é identificada, por exemplo, na situação vivida por famílias com menor renda, que adquirem planos de saúde com cobertura limitada e que, portanto, não dão acesso a determinados exames ou procedimentos. Nessa situação, os usuários podem ter um diagnóstico muito tardio de determinadas doenças ou não ter cobertura para o tratamento necessário, o que pode trazer consequências adversas tanto para os pacientes quanto para o SUS³¹⁰.

Exposta a visão geral do perfil do mercado privado e de sua clientela, a pesquisa avança, no próximo subtópico, no sentido de detalhar as consequências da segmentação em termos de acesso, qualidade e estrutura dos serviços de saúde à disposição dos cidadãos que se encontram nos diferentes lados dos muros erigidos pelo *apartheid* da saúde.

2.2.1.2. Reflexos do *apartheid* na oferta dos serviços de saúde

Os brasileiros que buscam os serviços do SUS enfrentam mais dificuldades no acesso e encontram tratamento de qualidade inferior e com pior estrutura quando a comparação se faz com os serviços de cobertura duplicada no setor privado. A clivagem é maior nos serviços especializados, contudo, mesmo a atenção primária em unidades básicas de saúde é dificultada para os usuários do SUS, situação que se reflete na busca prioritária da população pelo atendimento em prontos-socorros (urgência/emergência) em detrimento dos centros de saúde³¹¹. Esse comportamento é compreensível se observado que a estrutura do sistema de saúde incorpora essa lógica. O atendimento traumatológico é um bom exemplo. Dentre as salas de atendimento de emergência, 80% são públicas, enquanto nos SADT a predominância é de prestadores privados com fins lucrativos (92%), o que também

³⁰⁹ SANTOS, I. S.. Evidência sobre o mix público-privado em países com cobertura duplicada: agravamento das iniquidades e da segmentação em sistemas nacionais de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, p. 2743-2752, 2011, p. 2748.

³¹⁰ GARCIA, L. P.; SANT'ANNA, A. C.; MAGALHAES, L. C. G.; AUREA, A. P., op. cit., loc. cit.

³¹¹ FIOCRUZ. **As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil**. Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008, pp. 77-78.

ocorre no perfil dos consultórios médicos, clínicas especializadas e policlínicas, que têm prevalência de 83% de unidades privadas.³¹²

Nas situações em que os pacientes obtêm acesso às unidades básicas, mas há necessidade de atendimento mais complexo, os usuários do SUS se deparam, então, com o maior gargalo do sistema. Mesmo os profissionais da Estratégia de Saúde da Família encontram dificuldades na referência dos pacientes para a atenção secundária, pois a intercomunicação entre os diferentes níveis da hierarquização do sistema apresenta falhas que comprometem o seu seguimento nas linhas de cuidado existentes nas redes de atenção à saúde³¹³. O número de vagas disponíveis simplesmente não é suficiente para atender à demanda referenciada. Quer pela natureza e uso intenso de tecnologia, quer pelo alto custo financeiro, os níveis de atenção secundária e terciária à saúde “acabam por não absorver a totalidade dos encaminhamentos do nível primário”³¹⁴. Nesse cenário, a organização do acesso deve se dar por intermédio da regulação do acesso à assistência³¹⁵, que tem como critério central a classificação de risco, em benefício dos casos mais urgentes. Ocorre que, em razão da situação de escassez, ao mesmo tempo que a regulação representa elemento de equidade da oferta dos serviços, também se destina a “adequar às cotas estabelecidas para cada município”³¹⁶. É, portanto, **instrumento que serve tanto para incluir quanto para excluir**.

³¹² PESSOA, L. R. *et al*. Reallocation of the Unified Health System's supply to face attend future problems: the case of traumatology in Brazil. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 110, pp. 9-19, 2016, p. 12.

³¹³ VIEGAS, S. M. F.; PENNA, C. M. M.. O SUS é universal, mas vivemos de cotas. **Ciênc. saúde coletiva**, v.18, n.1, pp.181-190, 2013, p. 184.

³¹⁴ NOBRE, A. L. C. S. D. *et al*. Distributive justice in specialized health service and in access to medication. **Rev. Bioética**, Brasília, v. 23, n. 2, pp. 373-386, 2015, p. 371.

³¹⁵ O conceito ao qual nos referimos é definido pela administração do SUS na Portaria 1.559 de 2008 do Ministro da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Regulação do SUS, a saber: “III - Regulação do Acesso à Assistência: também denominada regulação do acesso ou regulação assistencial, tem como objetos a organização, o controle, o gerenciamento e a priorização do acesso e dos fluxos assistenciais no âmbito do SUS, e como sujeitos seus respectivos gestores públicos, sendo estabelecida pelo complexo regulador e suas unidades operacionais e esta dimensão abrange a regulação médica, exercendo autoridade sanitária para a garantia do acesso baseada em protocolos, classificação de risco e demais critérios de priorização”.

³¹⁶ VIEGAS, S. M. F.; PENNA, C. M. M., *op. cit.*, loc. cit.

Estar exposto à exclusão, ou seja, simplesmente não conseguir atendimento, não é fardo privativo dos pacientes do SUS. As dificuldades de acesso não se esgotam nas características socioeconômicas dos pacientes, pois há problemas de oferta e organização também nos serviços privados. Mas é fato que os usuários do SUS estão em situação mais frágil, especialmente os de mais baixa renda. As pesquisas demonstram maior dificuldade para aqueles com pior nível socioeconômico e apontam que as tentativas sem êxito de atendimento foram maiores entre os usuários do SUS em comparação com os pacientes com cobertura privada³¹⁷. Não ser atendido é, contudo, apenas a face mais perversa da injustiça na comparação entre o tratamento oferecido pelo setor público ou pelo privado. O *apartheid* vai além: quem se beneficia da cobertura duplicada tem mais acesso, com maior rapidez e desfruta de melhor estrutura.

Em pesquisa realizada na Região Metropolitana de São Paulo, Umberto Pessoto aponta que os consumidores de planos de saúde, a despeito da renda familiar, demandam mais serviços de saúde se comparados aos indivíduos que não os possuem³¹⁸. Quando se leva em conta o critério econômico, o desnível se aprofunda. A análise dos dados da PNAD 2003 indica que as pessoas com melhor renda têm 59,5% mais chances de acessar os serviços de saúde do que aquelas de menor renda. Relação semelhante novamente se encontra ao se avaliar a educação formal. As pessoas com 9 anos ou mais de escolaridade têm 20,9% mais chance de uso desses serviços do que os indivíduos de menor escolaridade³¹⁹. O conjunto de relações acima apontadas afeta os tratamentos, mas também os cuidados de prevenção que exigem atenção especializada. Exemplo importante está na pesquisa de Vivian Amorim, que identificou que a não realização de exames preventivos para o câncer de próstata foi significativamente mais prevalente nos

³¹⁷ FIOCRUZ. **As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil**. Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008, p. 76.

³¹⁸ PESSOTO, Umberto Catarino *et al.* Desigualdades no acesso e utilização dos serviços de saúde na Região Metropolitana de São Paulo. **Ciência & saúde coletiva**, v. 12, n. 2, Rio de Janeiro, pp. 351-362, abr /2007, p. 356.

³¹⁹ FIOCRUZ, *op. cit.*, p. 77.

homens menos escolarizados, com menor renda, de cor preta ou parda, desempregados, com menor posse de bens duráveis, entre outros fatores³²⁰.

Além de mais intenso, o acesso proporcionado pela cobertura duplicada é mais rápido. As filas de espera em sistemas públicos são, em geral, mais extensas e demoradas³²¹, sobretudo em cirurgias eletivas³²². A pesquisa de Umberto Pessoto, mencionada no parágrafo anterior, ilustra mais essa desigualdade, pois aponta “distinção evidente” no tempo médio de espera de atendimento em hospitais, clínicas e postos de saúde: “os não possuidores de planos suportavam maior espera - cerca de 81 minutos, enquanto que os possuidores esperavam 32 minutos, em média, até o atendimento”³²³. O estudo também aponta exemplo da estratificação dentro do seio do sistema privado, pois encontrou desigualdade importante no tempo médio de espera entre os possuidores de planos de saúde, uma vez que aqueles com maior renda eram mais rapidamente atendidos em relação aos de menor.³²⁴

A estrutura ofertada ao consumidor privado é também melhor, especialmente do ponto de vista da sofisticação tecnológica. No que tange às internações decorrentes de trauma, por exemplo, a comparação entre leitos gerais e leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) demonstra que os serviços privados alcançam maior grau de complexidade, com 14% de seus leitos preparados para terapia intensiva, contra apenas 6% do SUS. Essa desigualdade é mais evidente em grandes centros, como Brasília, São Paulo, Rio de Janeiro e Niterói, nos quais a oferta privada é bem maior que a do SUS³²⁵. A situação é de extrema carência

³²⁰ AMORIM, V. M. S. L. *et al.* Fatores associados à realização dos exames de rastreamento para o câncer de próstata: um estudo de base populacional. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, pp. 347-356, fev. 2011, p. 349.

³²¹ TUOHY, C. *et al.* How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**. Duke University Press., v.29 (3), pp.359-396, 2004, p. 372.

³²² SANTOS, I. S.. Evidência sobre o mix público-privado em países com cobertura duplicada: agravamento das iniquidades e da segmentação em sistemas nacionais de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, pp. 2743-2752, 2011, p. 2746.

³²³ PESSOTO, Umberto Catarino *et al.*, op. cit., loc. cit.

³²⁴ *Ibidem*

³²⁵ PESSOA, L. R. *et al.* Reallocating the Unified Health System's supply to face attend future problems: the case of traumatology in Brazil. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 110, pp. 9-19, 2016, p. 13.

desse tipo de serviço no SUS e tende a piorar, pois as pesquisas na área apontam a necessidade de, nos próximos 20 anos, se alcançar o percentual de 20% de leitos localizados em hospitais de grande complexidade, de modo a atender às mudanças no perfil demográfico e epidemiológico da população brasileira³²⁶. Relação semelhante se estabelece na disponibilidade de equipamentos para diagnóstico e terapia. Em 2005, os indivíduos segurados gozavam de disponibilidade 7 vezes maior de aparelhos de ressonância magnética do que a oferta geral à população por meio do SUS. No ano de 2010, essa disparidade cresceu para 10 vezes³²⁷ e, no mesmo período, também aumentou a disparidade de acesso a mamógrafos. A relação proporcional passou de 5 vezes para 7 vezes mais aparelhos à disposição dos beneficiários de planos privados. O mesmo ocorreu com vários outros aparelhos: litotripsores (de 4 vezes para 6 vezes mais), tomógrafos computadorizados (de 4, para 7 vezes mais) e aparelhos para radioterapia (de 1,6 vezes para 2,9 vezes mais)³²⁸. O único exemplo de relação inversa está na disponibilidade de aparelhos para hemodiálise, cuja disponibilidade ainda é maior por meio do SUS³²⁹; contudo, isso pode ser explicado por se tratar de tratamento custoso e prolongado.

As desigualdades acima mencionadas referem-se a médias nacionais ou ao exemplo de alguns grandes centros. Necessário recordar, no entanto, que tais desigualdades são acentuadas pelo desequilíbrio e heterogeneidade da distribuição dos serviços e bens de saúde ao longo do território brasileiro³³⁰. Tal situação conduz a maior demora para se efetuar a referência às especialidades e ao grande número de encaminhamentos para Tratamento Fora do Domicílio (TFD), bem como a falhas

³²⁶ Ibidem, p.17.

³²⁷ SANTOS, I. S.; SANTOS, M. A. B.; BORGES, D. C. L.. Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Volume 04, pp. 72-131. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, 2013, p. 110.

³²⁸ Idem.

³²⁹ Idem.

³³⁰ PESSOA, L. R. *et al.* Reallocating the Unified Health System's supply to face attend future problems: the case of traumatology in Brazil. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 110, pp. 9-19, 2016, p. 17.

na sequência do tratamento dos pacientes que retornam à atenção primária (contra-referência).³³¹

A análise dos aspectos do *mix* público-privado do sistema de saúde brasileiro revela o profundo *apartheid* que descaracteriza o desenho institucional previsto em nossa Constituição e prejudica o desenvolvimento das políticas públicas. O princípio constitucional da integralidade simplesmente não se concretiza em um cenário de enorme dificuldade e demora para a obtenção atendimento especializado. Além disso, a própria organização da atenção primária em direção à universalização do acesso fica prejudicada, pois ela demanda que suas referências à atenção secundária sejam respondidas³³². Há dificuldade em se enfrentarem os mencionados gargalos na assistência especializada, tanto pelos problemas de financiamento e injustiça aqui sublinhados quanto pelas conhecidas falhas na gestão burocrática do SUS: falta de informação, falta integração entre as esferas de governo, superposição de ações, desperdício de recursos e desenvolvimento inadequado das ações planejadas³³³. Não é à toa que a escassez de atendimento especializado tem causado a migração de brasileiros da cobertura pública para a cobertura duplicada logo que obtêm melhoria no padrão de renda³³⁴. Esse movimento consistente somado ao recente estímulo do governo federal à expansão da cobertura privada permite afirmar que o arranjo público-privado (cobertura duplicada + suplementar) tende a se perpetuar por tempo indeterminado, fato que levanta sérias preocupações acerca do grau de solidariedade da proteção social existente na sociedade brasileira. Não podemos esquecer que o enfrentamento dos

³³¹ VIEGAS, S. M. F.; PENNA, C. M. M.. O SUS é universal, mas vivemos de cotas. **Ciênc. saúde coletiva**, v.18, n.1, pp.181-190, 2013, p. 186.

³³² VIEGAS, S. M. F.; PENNA, C. M. M.. O SUS é universal, mas vivemos de cotas. **Ciênc. saúde coletiva**, v.18, n.1, pp.181-190, 2013, P. 186.

³³³ Ibidem, p. 187.

³³⁴ COSTA, N. R.; VAITSMAN, J.. Universalization and Privatization: How Policy Analysis can Help Understand the Development of Brazil's Health System. **Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice**, v. 16, n. 5, pp. 441-456, out/ 2014, p. 450.

grandes desafios da sociedade não pode ser relegado à direção do “livre mercado”^{335, 336}.

Os mais prejudicados em todo esse processo são os cidadãos que compõem as classes populares, que têm assistido a expansão do setor privado se dar às custas da perda de qualidade do setor público, fazendo com que o SUS passe a ser considerado, cada vez mais, o sistema dos grupos “de baixo”, e o da atenção privada o dos grupos “de cima”³³⁷. Compreender aspectos dessa injustiça estruturada e institucionalizada – o *apartheid* da saúde – é essencial para a presente pesquisa, pois, como veremos adiante, grande parte das demandas por acesso à saúde levadas ao sistema de justiça decorrem das variadas formas de iniquidade nesse acesso que foram aqui destacadas. A pesquisa avança, agora, para além do descompasso entre público e privado. No próximo subtópico abordaremos as desigualdades e distorções dentro do próprio Sistema Único de Saúde.

2.2.2. A Má-fé institucional na saúde pública brasileira

2.2.2.1. A má-fé na concepção das políticas públicas

A sociedade brasileira convive com a segmentação proporcionada pelo *mix* público-privado e com a precarização do sistema público de saúde, notadamente no espectro dos serviços inseridos na cobertura duplicada, conforme anteriormente destacado. As debilidades do sistema público criam espaço propício à instituição e à reprodução de um padrão de má-fé institucional na saúde pública, compreendido

³³⁵ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths**. Nova Iorque: PublicAffairs, 2015, p. 6.

³³⁶ O debate sobre o papel do mercado na cobertura de saúde à população é complexo e cercado por posicionamentos de marcado cunho ideológico. Não adentramos esse debate para firmar posicionamento, o que exigiria digressão muito mais profunda sobre o assunto. A intenção é tão somente apontar contradições entre o modelo normativo e as práticas institucionais e dar relevo à importância do papel de atuação estatal mais consistente em termos programáticos. Para debate mais detido sobre o papel desempenhado pelo setor privado na saúde, conferir: COLOMBO, F.; TAPAY, N.. **Private Health Insurance in OECD Countries: the Benefits and Costs for Individuals and Health Systems**. OECD Health Working Paper, Paris: OECD Publishing, n. 15. 2004, p. 7 *et seq.*

³³⁷ ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio *et al.* **Gestão de Serviços de Saúde**. São Paulo: Edusp. 2001, p. 38.

como “uma inclinação constante em abdicar das medidas ou ações que fazem parte oficialmente de sua competência”³³⁸. Nenhuma organização institucional, mesmo em uma democracia, pode alcançar a neutralidade ou mesmo incluir a todos³³⁹. Ocorre que as debilidades na organização e no funcionamento do SUS são marcadamente excludentes, pois se afinam com as desigualdades sociais, reproduzindo-as, o que contradiz os preceitos constitucionais que definem – ou deveriam definir – o desenho institucional do sistema público de saúde³⁴⁰.

A reprodução, no âmbito do SUS, das clivagens entre as classes sociais se soma, portanto, ao *apartheid* entre público e privado para configurar os aspectos centrais da injustiça que caracteriza a saúde no Brasil. Mas, ao contrário do *apartheid*, a má-fé institucional é mais opaca, assim como o é a hierarquia social implícita que ela reproduz³⁴¹. O “*habitus* precário” que caracteriza a ralé estrutural das classes populares “implica a existência de redes invisíveis e objetivas que desqualificam os indivíduos e grupos sociais precarizados como subprodutores e subcidadãos”³⁴². Injustificável a partir dos padrões de mérito e de distinção social, o tratamento desigual dentro do SUS, embora naturalizado, se dá de forma pouco transparente, ressoando a invisibilidade social que caracteriza a existência política dessa ralé estrutural brasileira³⁴³. As consequentes distorções podem ser observadas tanto em aspectos estruturais de organização e formulação das políticas públicas de saúde quanto na microfísica³⁴⁴ das relações subjetivas de atendimento nos programas e unidades do SUS. Iniciamos a análise pelo primeiro ponto mencionado: os aspectos estruturais. Dentre eles, abordamos três exemplos de distorções: a falta de articulação entre as políticas públicas, a negligência com

³³⁸ LUNA, L.. Fazer viver e deixar morrer: a má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, J. (Org.). **A Ralé Brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte, UFMG, 2009, p. 306.

³³⁹ UNGER, R. M.. **Democracy Realized: the progressive alternative**. Londres/Nova Iorque: Verso, 1998, p. 180.

³⁴⁰ Ibidem, p. 306.

³⁴¹ SOUZA, J.. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 178.

³⁴² Ibidem, p. 177.

³⁴³ SOUZA, J.. **A Ralé Brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte, UFMG, 2009, p. 122.

³⁴⁴ Nos referimos ao conceito de microfísica desenvolvido em: FOUCAULT, M.. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

as doenças da pobreza e a desigualdade de distribuição territorial dos recursos da saúde pública.

As desigualdades sociais identificadas no acesso e uso dos bens e serviços guardam forte relação com a estrutura e o funcionamento dos sistemas de saúde, e essa situação “faz com que tais desigualdades sejam bastante permeáveis às políticas setoriais”³⁴⁵. Ocorre que os problemas de saúde relacionados à desigualdade tendem a ser tratados como coisas apartadas pelo estrato burocrático formulador das políticas públicas, de forma que a cada um desses problemas é endereçada uma solução específica. O conjunto das políticas desarticuladas se torna oneroso³⁴⁶, e nenhuma delas promove mais do que eficácia parcial³⁴⁷.

Conforme já destacamos, os determinantes da saúde são múltiplos e a **ausência de abordagem intersetorial** prejudica com mais intensidade exatamente os indivíduos das classes populares, marcados pela “acumulação de exclusões em diferentes âmbitos da vida social”³⁴⁸. Exemplo dessa abordagem reduzida dos desafios da saúde está nas políticas afirmativas que almejam promover a igualdade racial dando ênfase ao racismo institucional no SUS. Cláudia Travassos e Lígia Bahia criticam essa perspectiva, por considerarem que ela renuncia à compreensão do real processo de discriminação que ocorre nos serviços de saúde e, assim, deixa de realizar a contextualização do real sofrimento dos indivíduos que enfrentam essas experiências discriminatórias em bases de gênero, idade, condição social,

³⁴⁵ FIOCRUZ. **As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil**. Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008, p. 75.

³⁴⁶ A articulação entre políticas setoriais, por certo, não é uma garantia de aplicação eficiente dos recursos, pois, em hipóteses de falhas de gestão, pode resultar em desperdício de recursos públicos. Nesse sentido, conferir pesquisa de André Nobre *et al* sobre a integração entre serviços de assistência farmacêutica e transporte público (NOBRE, A. L. C. S. D. *et al*. Distributive justice in specialized health service and in access to medication. **Rev. Bioética**, Brasília, v. 23, n. 2, pp. 373-386, 2015, p. 377).

³⁴⁷ WILKINSON, R.; PICKETT, K.. **O nível**: Porque uma sociedade igualitária é melhor para todos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 68.

³⁴⁸ ARENARI, B.; DUTRA, R.. A construção social da condição de pessoa: premissas para romper o círculo vicioso de exclusão e uso problemático do crack. In: SOUZA, Jessé (Org). **Crack e exclusão social**. Brasília, Ministério da Justiça, 2016, p. 207.

cor da pele, orientação sexual ou condição de saúde, entre outros³⁴⁹. As autoras destacam que, na prática, maiorias são reduzidas a minorias para justificar novos enclaves na burocracia estatal³⁵⁰, em franco prejuízo do combate efetivo às discriminações e privilégios que estão na base das desigualdades sociais que ainda permeiam o SUS^{351,352}. Outro exemplo relevante dessa abordagem equivocada está na importância secundária – ou mesmo na falha – em integrar os serviços de assistência social aos de saúde pública. Muitos serviços e políticas do SUS deixam de alcançar os pacientes por não considerarem as condições de existência dos indivíduos e grupos das classes populares ou até por relegar a segundo plano a atuação dos profissionais de assistência social dentro das unidades de saúde³⁵³. A provisão adequada de serviços de assistência social é essencial para a qualidade de praticamente todas as linhas de cuidado, até mesmo nos tratamentos mais complexos, como é o caso da internação em Unidade de Terapia Intensiva³⁵⁴. Em suma, a visão limitada sobre saúde se reflete em obstáculos de acesso a ela pelos indivíduos das classes populares.

Dentre as consequências mais graves da carência de iniciativas que lidem com esse *status quo*, está a persistência, no Brasil, das chamadas “**doenças da pobreza**” – que perfaz a segunda distorção abordada no presente subtópico. O

³⁴⁹ TRAVASSOS, C.; BAHIA, L.. What is the agenda for combating discrimination in the Brazilian Unified National Health System?. **Cad. Saúde Pública**, v. 27, n. 2. Rio de Janeiro, pp. 204-205, fev. 2011.

³⁵⁰ Esse modo de atuação não é exclusivo da burocracia brasileira, tampouco da burocracia contemporânea. Trata-se de uma motivação básica do alto escalão burocrático, que busca “assegurar a maior liberdade de ação possível ao seu próprio racionalismo instrumental e limitar o arbítrio dos outros grupos” (UNGER, R. M.. **O Direito na Sociedade Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 201).

³⁵¹ TRAVASSOS, C.; BAHIA, L., op. cit..

³⁵² O objetivo do argumento construído é apontar o caráter abrangente das desigualdades em saúde e, logo, a necessidade de se endereçarem políticas públicas intersetoriais. Vale sublinhar, contudo, que não se está a atribuir às condições socioeconômicas todas as iniquidades no que diz respeito ao acesso à saúde. Mesmo após considerados fatores socioeconômicos, raça e gênero e outros elementos ainda são importantes para avaliar os problemas de discriminação na saúde (WILLIAMS, D. R.; PRIEST, N.. Understanding Associations Among Race, Socioeconomic Status, and Health: Patterns and Prospects. **Health Psychology**, v. 35, n. 4, pp. 407-411, 2016, p. 410).

³⁵³ LUNA, L.. Fazer viver e deixar morrer: a má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, J. (Org). **A Ralé Brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte, UFMG, 2009, p. 306 *et seq.*

³⁵⁴ PESSOA, L. R. et al . Reallocating the Unified Health System's supply to face attend future problems: the case of traumatology in Brazil. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 110, pp. 9-19, 2016, p. 17.

termo é comumente utilizado em todo o mundo para definir as grandes doenças infecciosas ou endêmicas (tuberculose, cólera, sarampo, hanseníase, malária, doença de Chagas, febre tifóide, etc) que ainda são comuns nos países pobres de hoje, embora aos poucos deixem de ser as principais causas de óbito, em razão da mudança de perfil epidemiológico em âmbito internacional observada a partir da década de 1950.³⁵⁵

As doenças da pobreza, no Brasil, são persistentes e mal combatidas, especialmente quando não são imunopreveníveis, ou seja, possíveis de serem evitadas com campanhas de vacinação. São males típicos das periferias de grandes cidades e das regiões mais remotas do país e atingem grupos desfavorecidos material e culturalmente³⁵⁶. Além da negligência estatal, também recebem pouco investimento por parte da indústria farmacêutica, que tem direcionado grande atenção para o desenvolvimento de drogas órfãs³⁵⁷. O resultado é a exposição das pessoas a doenças que poderiam ser evitadas ou que, ao menos, com o devido tratamento, poderiam ser perfeitamente sanadas ou controladas.³⁵⁸

Caso exemplar de doença da pobreza é a persistente tuberculose. Trata-se de um mal há muito negligenciado e que atinge os indivíduos mais pobres, mais vulneráveis e excluídos. Passados 135 anos da identificação de seu bacilo causador, a tuberculose ainda causa a morte de mais pessoas do que qualquer doença infecciosa mundo afora³⁵⁹. No Brasil, a tuberculose impõe um severo desafio; embora a nação tenha alcançado redução média de 2% de casos por ano na última década, o Brasil está longe de atingir a meta proposta pela Organização

³⁵⁵ Segundo Wilkinson e Pickett, as doenças da pobreza são as que primeiro diminuem quando os países começam a ficar ricos e passam a experimentar uma inversão no perfil da distribuição social das doenças, caracterizada pelo fato de os agravos de saúde que eram mais comuns entre os ricos (cardiovasculares, diabetes, etc) se tornarem mais comuns entre os pobres (WILKINSON, R.; PICKETT, K.. **O nível: Porque uma sociedade igualitária é melhor para todos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, pp. 52-53).

³⁵⁶ LUNA, L.. Fazer viver e deixar morrer: a má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, J. (Org). **A Ralé Brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte, UFMG, 2009, p. 313.

³⁵⁷ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths**. Nova Iorque: PublicAffairs, 2015, pp. 87-88.

³⁵⁸ LUNA, L., op. cit., loc. cit.

³⁵⁹ MACIEL, E. L. N.. Post-2015 agenda strategies for tuberculosis control in Brazil: challenges and opportunities. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 25, n. 2, pp. 423-426, jun 2016, p. 423.

Mundial de Saúde³⁶⁰. Para tanto, os esforços deveriam ser incrementados a fim de se acentuar o indicador de redução ao patamar médio de 10% ao ano, e de mantê-lo como tal por duas décadas³⁶¹, evolução que parece improvável face ao histórico das políticas públicas nessa seara, à atual subnotificação de mortes por tuberculose³⁶² e à situação atual do financiamento da saúde.

O aspecto que mais ilustra a má-fé institucional não é exatamente a negligência estatal para com as doenças da pobreza, mas sim o tratamento diferenciado que é ofertado a outras doenças infecciosas, como, por exemplo, a AIDS. Há amplo reconhecimento de que as doenças infecciosas, mesmo quando não identificadas especificamente como doenças da pobreza, afetam primariamente a população pobre e despossuída, que não tem os meios adequados tanto para a sua prevenção quanto para o tratamento, motivo pelo qual a avaliação dessas doenças está intimamente conectada à questão da justiça na saúde³⁶³.

A negligência com o enfrentamento da tuberculose, contudo, é muito mais evidente do que se observado o tratamento para a AIDS. Os tratamentos curativos para tuberculose existem há mais de 50 anos e são muito mais baratos do que os tratamentos para HIV/AIDS, mas, ainda assim, ambas as doenças são responsáveis por número semelhante de mortes por ano em todo mundo e há comparativamente muito menos atenção às questões éticas envolvidas no tratamento da tuberculose do que em relação à AIDS³⁶⁴. No Brasil a situação é ainda mais díspar, pois, ao mesmo tempo em que o país está longe de alcançar as metas estabelecidas para o tratamento da tuberculose, possui também reconhecimento internacional de seus esforços e resultados no tratamento do HIV/AIDS. Em 1996, o Brasil foi o primeiro país de média renda a ofertar acesso universal aos tratamentos avançados com antirretrovirais e, assim, nos anos seguintes, viu suas diretrizes serem adotadas

³⁶⁰ A meta proposta destina-se ao fim da tuberculose como pandemia global (Ibidem, p. 425).

³⁶¹ Ibidem, p. 424.

³⁶² OLIVEIRA, G. P. *et al.* Mortality information system for identifying underreported cases of tuberculosis in Brazil. **Rev. bras. epidemiol.**, São Paulo, v. 15, n. 3, pp. 468-477, Set. 2012, p. 472.

³⁶³ SELGELID M. J. Justice, infectious diseases and globalization. In: BENATAR, S.; BROCK, G., **Global Health and Global Health Ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 89-96, 2011, p. 89.

³⁶⁴ Ibidem, p. 90.

como modelo por vários outros países em desenvolvimento³⁶⁵. Eis uma clara situação na qual as políticas de saúde voltadas para atendimento de agravos que afetam horizontalmente a população recebem mais atenção do que as típicas da pobreza, o que permite subscrever a hipótese sociológica de que as doenças que afetam as classes populares apenas recebem a devida atenção da sociedade e do Estado quando passam a afetar pessoas de classes sociais mais elevadas³⁶⁶.

Outro exemplo relevante é a mais recente epidemia experimentada pelo Brasil: a infecção pelo Zika vírus. O perfil da referida epidemia se conforma com a experiência comum a outras doenças infecciosas epidêmicas e também levanta preocupações relacionadas a equidade e justiça³⁶⁷. É perceptível o desnível entre a enorme atenção que a epidemia de Zika recebeu em seu início – especialmente no período prévio e durante as Olimpíadas de 2016³⁶⁸ – e no presente momento, no qual foi declarado o fim da emergência nacional (em 11 de maio de 2017)³⁶⁹ e em que a região mais vulnerável a um novo surto é a Região Nordeste³⁷⁰.

Um terceiro ponto de desigualdade estrutural no seio do SUS está vinculado à **distribuição territorial/geográfica dos serviços**. O acesso é dificultado para as pessoas que vivem nas regiões Norte e Nordeste, bem como para a população dos pequenos municípios do interior dos estados (especialmente nas municipalidades mais pobres) ou, ainda, para a população que vive em bairros de periferia. Tais

³⁶⁵ TANCREDI, M. V.; WALDMAN, E. A.. Survival of AIDS Patients in Sao Paulo-Brazil in the Pre and Post-HAART Eras: A Cohort Study. **BMC Infectious Diseases**, 14: 599. PMC, 2014, p. 1-2.

³⁶⁶ LUNA, L.. Fazer viver e deixar morrer: a má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, J. (Org). **A Ralé Brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte:UFMG, 2009, pp. 313-314.

³⁶⁷ DINIZ, D.; GUMIERI, S.; BEVILACQUA, B. G.; COOK, R. J.; DICKENS, B. M.. Zika virus infection in Brazil and human rights obligations. **Int J Gynecol Obstet**, v. 136, pp. 105-110, 2017, p. 107.

³⁶⁸ Nesse sentido, conferir o amplo relatório para o público internacional, em: PETERSEN, E. *et al.* Unexpected and Rapid Spread of Zika Virus in The Americas – Implications for Public Health Preparedness for Mass Gatherings at the 2016 Brazil Olympic Games. **International Journal of Infectious Diseases**, v. 44, pp. 11-15, 2016, p. 15.

³⁶⁹ BRASIL. Ministério da Saúde declara fim da emergência nacional para zika. Brasília, 11 maio 2017. **Portal Brasil**. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/saude/2017/05/ministerio-da-saude-declara-fim-da-emergencia-nacional-para-zika>>

Acesso em: 27 maio 2017.

³⁷⁰ COSTA, Camila. Um ano após epidemia global, Nordeste 'pode ter outro surto grande de Zika'. São Paulo, 1º fev. 2017. **BBC Brasil**. Disponível em < <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38806044>>

Acesso em: 27 maio 2017.

correspondências – que parecem autoevidentes para quem observa a sociedade brasileira – estão quantificadas e avaliadas em numerosos estudos. Relatório da FIOCRUZ sobre as causas das iniquidades em saúde³⁷¹ destaca o aumento das desigualdades geográficas no acesso aos serviços de saúde, identificado na comparação entre as edições de 1998 e 2003 da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD). O estudo aponta que esse agravamento foi influenciado pela melhora do acesso nas regiões mais desenvolvidas (Sul e Sudeste) comparativamente às menos desenvolvidas. As pessoas residentes na Região Norte apresentaram 45% menos chance de uso dos serviços de saúde em relação ao que foi identificado nas regiões Sul e Sudeste. As regiões Nordeste e Centro-Oeste apresentaram chances 40% e 23% menores, respectivamente.³⁷²

As localidades menos desenvolvidas enfrentam dificuldades para atrair profissionais de saúde, os quais se concentram nos grandes centros, situação essa que é amplamente reconhecida e afeta o setor público e o privado. Ocorre que o quadro tende a ser mais grave no SUS, em razão da crônica insuficiência e desatualização dos preços pagos para remunerar os serviços prestados. Como estados e municípios cada vez mais assumem papel de “compradores de serviços” ofertados por unidades privadas, diversos entes realizam a complementação dos valores da “tabela do SUS”. Naturalmente, a capacidade financeira se reflete na disponibilidade de meios para incrementar a remuneração dos serviços de saúde e, por consequência, na acentuação das desigualdades territoriais³⁷³.

Alguns dos problemas advindos dessa disparidade geográfica poderiam ser atenuados com o encaminhamento dos pacientes para as cidades com melhor

³⁷¹ FIOCRUZ. **As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil**. Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008, p. 78.

³⁷² A PNAD de 2014 também traz dado relevante sobre a assimetria regional, qual seja, a desigualdade no indicador de morbidade de crianças de até 5 anos por doença diarreica aguda. A pesquisa destaca que, embora o Brasil tenha diminuído consideravelmente tal indicador nos últimos 20 anos, a queda foi mais significativa para as regiões Sul e Sudeste em comparação com as regiões Norte e Nordeste (BRASIL. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014, pp. 30-31).

³⁷³ BAHIA, L.. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, v.13, n.5, pp.1385-1397, 2008, p. 1389

estrutura e oferta, mas ocorre que as falhas na referência a algumas especialidades e serviços comprometem o acesso integral. Em pesquisa realizada no estado de Minas Gerais, Selma Viegas e Carla Penna identificaram, entre os profissionais da atenção básica do SUS, que é “unânime a opinião de que o acesso aos demais níveis de complexidade ainda é insuficiente”³⁷⁴. As pesquisadoras apontam, ainda, que usuários e gestores enfrentam dificuldades que vão além da oferta de vagas, pois a própria distância do deslocamento até a capital do estado, Belo Horizonte, é um problema tanto para os usuários encaminhados, quanto para os próprios municípios, que devem estruturar condições de transporte, apoio e hospedagem, quando necessárias³⁷⁵.

Nesse sentido, outra pesquisa muito ilustrativa é a realizada por Evangelina Oliveira *et al* sobre o acesso à assistência oncológica. A pesquisa mapeou o fluxo de pacientes do SUS com câncer de mama e identificou uma série de obstáculos que a distância entre o local de moradia e o de atendimento impõe ao diagnóstico precoce³⁷⁶, ao tratamento continuado (que exige repetidas visitas aos médicos) e, notadamente, ao tratamento cirúrgico³⁷⁷. O estudo ressalta que a concentração dos recursos da atenção terciária, “embora desejável para garantir maiores volumes e melhor qualidade do atendimento, muitas vezes impõe extensos deslocamentos a uma parcela considerável da população”³⁷⁸, isso porque verificou-se que elevado percentual de usuárias do SUS residiam a mais de 150km do local de atendimento, situação que inflige uma dificuldade adicional a todo o delicado quadro que o câncer já impõe³⁷⁹.

³⁷⁴ VIEGAS, S. M. F.; PENNA, C. M. M.. O SUS é universal, mas vivemos de cotas. **Ciênc. saúde coletiva**, v.18, n.1, pp.181-190, 2013, p. 188.

³⁷⁵ Idem.

³⁷⁶ Para estudo mais aprofundado, realizado pelas mesmas pesquisadoras, sobre a distribuição territorial dos recursos de diagnóstico, conferir: OLIVEIRA, E. X. G. *et al*. Condicionantes socioeconômicos e geográficos do acesso à mamografia no Brasil, 2003-2008. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 9, pp. 3649-3664, Set. 2011.

³⁷⁷ OLIVEIRA, E. X. G. *et al*. Acesso à assistência oncológica: mapeamento dos fluxos origem-destino das internações e dos atendimentos ambulatoriais. O caso do câncer de mama. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, pp. 317-326, fev. 2011, pp. 324-325.

³⁷⁸ Ibidem, p. 324.

³⁷⁹ Ibidem, p. 322.

As distorções na organização institucional do SUS ora abordadas – falta de articulação entre políticas, negligência com as doenças da pobreza e desigualdade de distribuição territorial – por certo não decorrem somente da reprodução perversa da estrutura social, ou seja, da má-fé institucional. As deficiências de gestão e de financiamento também desempenham papel central, conforme abordamos anteriormente. Mas, mesmo considerados financiamento e gestão, a conexão das distorções institucionais à clivagem entre as classes sociais é consistente, reiterada e persistente, basta observar que, no fim das contas, são os indivíduos e grupos das classes populares que suportam as consequências mais graves dessas distorções. Contudo, a má-fé institucional não permanece apenas no plano da concepção das políticas públicas e da distribuição dos recursos de estrutura e pessoal, permeia também as relações subjetivas que caracterizam o dia-a-dia dos serviços ofertados nas unidades de saúde do SUS.

2.2.2.2. A má-fé na implementação das políticas públicas

O tratamento desigual entre cidadãos por parte das instituições e agentes públicos ocorre frequentemente na – aparentemente paradoxal – atividade cotidiana de compatibilizar, de um lado, a igual consideração às demandas de cada cidadão e, de outro, o atendimento às legítimas necessidades de tratamento individualizado³⁸⁰. A centralidade dessa dimensão subjetiva do serviço público é pouco percebida, pois não nos atentamos ao fato de que as políticas públicas resultam da agregação de ações isoladas e de comportamentos de vários indivíduos³⁸¹. Desta forma, em que pesem as orientações oficiais em prol do tratamento igualitário entre os “clientes”, é sabido que os serviços burocráticos consistentemente favorecem uns em detrimento de outros³⁸². A ação humana e as interações subjetivas que ocorrem durante a prestação dos serviços públicos passam, portanto, a definir não apenas como as políticas públicas são

³⁸⁰ LIPSKY, M. **Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services (30th anniversary edition)**. Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 2010, p. xii.

³⁸¹ Ibidem, pp. xii-xiii.

³⁸² Ibidem, p. xiii.

implementadas, mas também o que elas efetivamente são. O processo de criação de políticas públicas ainda está em progresso no momento da entrega dos serviços³⁸³.

Essa análise do funcionamento dos serviços públicos é muito adequada para se compreender a dimensão subjetiva da injustiça institucional existente na oferta de serviços pelo SUS³⁸⁴. Destacamos dois aspectos para ilustrar, no âmbito subjetivo, nossa afirmação da má-fé institucional no SUS: o “acesso privilegiado” aos serviços de saúde e a relação entre os profissionais de saúde do SUS e os pacientes oriundos das classes populares.

O acesso privilegiado é um velho conhecido dos usuários do SUS e tem suas raízes em práticas clientelistas observadas décadas antes nos institutos de previdência^{385,386}. Ele se dá de variadas formas, seja para acessar serviços específicos, seja para obter alguma prioridade no atendimento em situações de escassez. No primeiro caso, é importante recordar que, embora o sistema público sofra com a deterioração de seus serviços, alguns procedimentos de excelência ou que requeiram tratamentos de longa duração ou alta especialização ainda se encontram predominantemente sob sua guarda do SUS. É o caso, por exemplo, de transplantes de órgãos, hemodiálises, tratamento das coagulopatias, da hepatite e do HIV/AIDS, dentre outros. Em face desse contexto, Maria Lúcia Werneck Vianna afirma que tais serviços “não chegam os pobres e sim àqueles cujas posições de

³⁸³ GILSON, L. L.. Michael Lipsky, *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Service*. **Oxford Handbooks Online**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 9.

³⁸⁴ Nesse sentido, conferir a pesquisa de Gabriela Lotta: LOTTA, G. S.. **Burocracia e Implementação de Políticas de Saúde: os agentes comunitários na Estratégia de Saúde da Família**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015.

³⁸⁵ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da Saúde Pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2011, pp. 41-42.

³⁸⁶ O foco de análise nessa oportunidade é o tratamento privilegiado dentro das unidades do SUS. Essa prática, entretanto, também ocorre entre os próprios clientes do setor privado, seguindo, regra geral, sua capacidade de pagamento, como já destacamos anteriormente no presente trabalho. Essa situação já alcançou uma dimensão tal que provocou reação legislativa. Nesse sentido, é significativa a aprovação da Lei Estadual n. 10.898, de 31 de maio de 2017 (Paraíba), que tenta conter essa prática. O artigo 1º da referida norma assim dispõe: “Fica proibida a prática de atendimento privilegiado a pacientes particulares pelo prestador de serviço, sendo ele profissional de saúde contratado ou credenciado por operadora de plano ou seguro privado de assistência à saúde, e ainda cooperado de operadora de plano ou seguro privado de assistência à saúde”.

poder em relações pessoais garantem o ingresso privilegiado” e que a seletividade não assumida ainda facilita o “tradicional clientelismo de prebendas”³⁸⁷. Se, de um lado, parece equivocado afirmar que os pobres simplesmente não acessam os serviços de excelência do SUS, de outro, a análise de Maria Lúcia é consistente ao afirmar que o atendimento no SUS é permeável à seletividade e ao clientelismo que seguem ocultos nas práticas institucionais.

A seletividade, muitas vezes, é fruto da interação cotidiana entre os sistemas público e privado, que é desfavorável aos indivíduos das classes populares, pois os pacientes com acesso a consultas e exames pela cobertura duplicada obtêm diagnósticos mais rápidos e, portanto, potencializam o seu acesso aos serviços públicos quando necessitam³⁸⁸. Já o clientelismo é facilitado pela falta de transparência e pela desorganização. Quanto mais agudos tais desajustes, mais vulnerável será o sistema ao acesso personalizado ou privilegiado – entendido como uma “maneira tradicional e antiética de burlar a fila de espera por intermédio de uma pessoa influente”³⁸⁹.

Organização e transparência, contudo, não são suficientes para diminuir o acesso privilegiado. Isso porque, ainda que se estabeleçam rotinas organizadas e transparentes, em atendimento às diretrizes constitucionais de hierarquização e regionalização do SUS, as melhorias de gestão necessitam ser acompanhadas de alocação adequada de recursos materiais e humanos. A escassez e as dificuldades de acesso são convites ao estabelecimento do clientelismo. Como bem ilustra a pesquisa de Selma Viegas e Carla Penna, a insuficiência das cotas para encaminhamento de pacientes aos níveis mais complexo de atenção à saúde cria barreiras à integralidade do cuidado e, por consequência, estimula a busca de “alternativas” para acessar os serviços de saúde. A metáfora utilizada pelas

³⁸⁷ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 152.

³⁸⁸ NISHIJIMA, Marislei; CYRILLO, Denise Cavallini and BIASOTO JUNIOR, Geraldo. Análise econômica da interação entre a infraestrutura da saúde pública e privada no Brasil. **Econ. soc.**[online], v.19, n.3, 2010, p. 610.

³⁸⁹ BATALHA, Elisa. Filas da saúde: os obstáculos ao acesso de qualidade e os caminhos que garantem o cuidado. **Radis**, Rio de Janeiro, n. 159, pp. 19-20, dez. 2015, p. 19.

pesquisadoras merece destaque: “mesmo em uma via interditada, podem-se estipular desvios ou retornos para diminuir as dificuldades na inércia das paradas e no tempo da espera, até que essa via seja de mão dupla, livre e sinalizada para a referência e a contrarreferência (...)”³⁹⁰. Pesquisa de Gastão Wagner e Selma Franco descreve os resultados dessa busca por alternativas de atendimento. Os referidos pesquisadores, ao analisarem encaminhamentos para o ambulatório de pediatria de um hospital público, observaram que os usuários se utilizam de “uma mescla de serviços públicos e privados, simultaneamente, de amizade e acessos privilegiados não institucionais, que fazem as pessoas, de alguma forma, chegarem ao lugar desejado”³⁹¹. Mais ilustrativo ainda para o argumento ora construído é que, ao compararem os atendimentos no referido ambulatório com os de uma especialidade (psiquiatria), identificaram que o serviço de maior complexidade era proporcionalmente mais acessado por pacientes com um perfil de melhores condições socioeconômicas e com cobertura privada³⁹². Em razão de tais achados, concluíram que “esta diferenciação das duas clientela permite demonstrar o acesso privilegiado ao ambulatório da especialidade, que representa a última instância de complexidade dentro do sistema de saúde, configurando uma clara situação de inequidade”³⁹³.

As pesquisas acima destacadas são exemplos de um contexto maior, que influencia o próprio padrão de utilização que os consumidores de seguros de saúde estabelecem com o SUS. Tais cidadãos acessam proporcionalmente mais os serviços de internações³⁹⁴ para cirurgias, exames, partos cesáreos e certos

³⁹⁰ VIEGAS, S. M. F.; PENNA, C. M. M.. O SUS é universal, mas vivemos de cotas. **Ciênc. saúde coletiva**, v.18, n.1, pp.181-190, 2013, p. 187.

³⁹¹ FRANCO, S. C.; CAMPOS, G. W. de S.. Acesso a ambulatório pediátrico de um hospital universitário. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 32, n. 4, pp. 352-360, Ago. 1998, p. 358.

³⁹² Ibidem, pp. 357 e 359.

³⁹³ Ibidem, p. 359.

³⁹⁴ Pesquisa de Isabela Santos indica que, entre os internados pelo SUS, em média 6,7% possuíam também cobertura privada, mas utilizavam o SUS proporcionalmente mais em internações, para realizar cirurgia (9,0%), exames (7,7%) e parto cesáreo (7,4%). Outro dado relevante da pesquisa é que, dentre as mulheres com cobertura duplicada, o uso proporcional do SUS para parto cesáreo aumenta simultaneamente com a renda. (SANTOS, I. S.; SANTOS, M. A. B.; BORGES, D. C. L.. Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, pp. 72-131. 2013, p. 113).

atendimentos de alta complexidade (quimioterapia, radioterapia, hemoterapia ou hemodiálise)³⁹⁵. A utilização de unidades básicas de saúde pela clientela segurada é residual (3,9%) e pode ser justificada pelo consumo de serviços públicos que não são ofertados pelos respectivos planos de saúde, tal qual vacinas e medicamentos³⁹⁶, ou seja, bens e serviços fora da cobertura duplicada. Assim, os serviços proporcionalmente menos usados pelos segurados no SUS são as consultas médicas, as consultas de agentes comunitários ou de parteira³⁹⁷.

Os padrões de uso acima destacados não surpreendem, pois, dado o desnível de acesso e qualidade entre público e privado, é esperado que os indivíduos segurados busquem o atendimento no SUS quando da ausência de cobertura privada³⁹⁸. Além disso, quando tal acesso ocorre, muitas vezes se dá de forma privilegiada e em detrimento dos padrões definidos para o atendimento³⁹⁹, como, por exemplo, nos casos de “utilização ilegítima do SUS no encaminhamento de pacientes com planos de preço e qualidade inferiores”⁴⁰⁰.

A influência pessoal e o acesso privilegiado se tornam, nesse contexto, um traço do funcionamento institucional do SUS e têm como consequência o engajamento dos indivíduos no uso combinado de todos os seus recursos pessoais existentes (recursos financeiros, relações pessoais, etc) para se obter o acesso necessário aos serviços de saúde. Não há supressa no fato de que o “placar” desse

³⁹⁵ SANTOS, I. S.. Evidência sobre o mix público-privado em países com cobertura duplicada: agravamento das iniquidades e da segmentação em sistemas nacionais de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, pp. 2743-2752, 2011, p. 2749.

³⁹⁶ PESSOTO, Umberto Catarino et al. Desigualdades no acesso e utilização dos serviços de saúde na Região Metropolitana de São Paulo. **Ciência & saúde coletiva**, v. 12, n. 2, Rio de Janeiro, pp. 351-362, abr 2007, p. 356.

³⁹⁷ SANTOS, op. cit., loc. cit.

³⁹⁸ Tal comportamento é também registrado em estudo de Silvia Gerschman. Conferir: GERSCHMAN, S.. Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde: União Européia e Brasil. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1441-1451, out. 2008, p. 1447.

³⁹⁹ FRANCO, S. C.; CAMPOS, G. W. de S.. Acesso a ambulatório pediátrico de um hospital universitário. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 32, n. 4, pp. 352-360, Ago. 1998, p. 358 *et seq.*

⁴⁰⁰ GERSCHMAN, op. cit., p. 1446.

jogo de influências pessoais seja desfavorável aos indivíduos das classes populares⁴⁰¹.

O segundo aspecto que evidenciamos é a relação entre os pacientes oriundos das classes populares e os profissionais de saúde do SUS, mais especificamente aqueles responsáveis por lidar diretamente com as necessidades dos pacientes, provendo e organizando os serviços de saúde. Para tanto, utilizamos a formulação de Michael Lipsky sobre os “burocratas de nível de rua”, que são os trabalhadores do serviço público que interagem com a população e possuem discricionariedade na provisão dos benefícios ou das sanções públicas⁴⁰². Os lugares nos quais tais relações se desenvolvem são aqueles onde os cidadãos vivenciam a atuação do governo do qual, implicitamente, eles fazem parte⁴⁰³. O trabalho de Lipsky – já aplicado diversas vezes à avaliação das políticas de saúde⁴⁰⁴ – permite reconhecer ao menos três questões muito relevantes⁴⁰⁵: i) que os burocratas de nível de rua têm discricionariedade e poder de implementação, que transformam suas práticas no que os cidadãos efetivamente vivenciam como sendo o contato com o Estado; ii) que o comportamento discricionário dos burocratas é

⁴⁰¹ Vale destacar que nem todas as pesquisas empíricas encontram dados que sustentem nossa afirmação de que o acesso privilegiado é situação recorrente no SUS. A pesquisa de André Nobre *et al*, por exemplo, sugere importantes esforços dispensados aos pacientes de menor renda e escolaridade com diagnóstico de hipertensão arterial e/ou de diabetes, pois foi identificado acesso integral desse público à medicação prescrita no SUS (NOBRE, A. L. C. S. D. *et al*. Distributive justice in specialized health service and in access to medication. **Rev. Bioética**, Brasília, v. 23, n. 2, pp. 373-386, 2015, p. 377). Outra pesquisa relevante nesse sentido é de Umberto Pessoto, que, ao analisar o tempo de espera em emergências na rede do SUS, identificou que o tratamento dos usuários é praticamente igual. (PESSOTO, Umberto Catarino *et al*. Desigualdades no acesso e utilização dos serviços de saúde na Região Metropolitana de São Paulo. **Ciência & saúde coletiva**, v. 12, n. 2, Rio de Janeiro, pp. 351-362, abr 2007, p. 356).

⁴⁰² LIPSKY, M. **Street-Level Bureaucracy**: Dilemmas of the Individual in Public Services (30th anniversary edition). Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 2010, p. xi.

⁴⁰³ Lipsky menciona como serviços públicos de “nível de rua” as escolas, os departamentos de polícia e de assistência social, as instâncias inferiores do Judiciário, a Defensoria Pública, entre outros (*Ibidem*, p. xi).

⁴⁰⁴ Aplicado no contexto brasileiro, conferir: LOTTA, G. S.. **Burocracia e Implementação de Políticas de Saúde**: os agentes comunitários na Estratégia de Saúde da Família. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015.

Aplicado às políticas de saúde em outros países em desenvolvimento, como a África do Sul, conferir: HARRIS, N. *et al*. Bringing Justice to Unacceptable Health Care Services? Street-Level Reflections from Urban South Africa. **International Journal of Transitional Justice**, v. 8, pp. 141–161, 2014.

⁴⁰⁵ GILSON, L. L.. Michael Lipsky, Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Service. **Oxford Handbooks Online**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 4 *et seq*.

sistematicamente mais influenciado pelas condições institucionais e de organização no qual trabalham do que por suas próprias preferências e interesses pessoais; e iii) que a tentativa de prevenir ou controlar de “cima pra baixo” essa discricionariedade, ao invés de ofertar-lhes suporte para cumprir suas responsabilidades, apenas conduz ao reforço de estereótipos e ao descuido com as necessidades das pessoas atendidas. Passamos, então, a desenvolver essas observações e a cotejá-las com o contexto do atendimento nas unidades do SUS.

Os profissionais da saúde responsáveis pelo atendimento ao público devem decidir, caso após caso, como alcançar os objetivos definidos previamente nas políticas públicas, ao tempo em que devem demonstrar capacidade de improvisar e responder às peculiares necessidades de cada cliente⁴⁰⁶. Tais peculiaridades não são meras operações objetivas de ajustes de sintomas e diagnósticos a protocolos e diretrizes de atendimento ou tratamento. **Os usuários dos serviços públicos tendem a experimentar suas necessidades como problemas individuais e a fazer de suas demandas expressões particulares de uma expectativa. Esperam, assim, tratamentos individualizados**⁴⁰⁷. Já os profissionais recepcionam os “problemas dos clientes como categorias de ação e suas demandas individuais como componentes de agregação”⁴⁰⁸. Tal processo é discricionário e indispensável, pois a regra é que o desempenho das funções pelos profissionais de saúde ocorra em contexto de restrições de tempo, informação e recursos materiais para reagir, em cada caso, conforme os mais altos padrões. Essa característica de massificação tem importantes implicações para a qualidade do serviço e do atendimento ofertados.⁴⁰⁹

Dentre essas várias implicações, uma é muito peculiar para os indivíduos das classes populares: eles não têm opções. O sistema público representa para eles o único acesso aos bens e serviços de saúde. As diretrizes de regionalização e hierarquização que guiam o SUS definem, inclusive, a unidade de saúde que deve

⁴⁰⁶ LIPSKY, M., op. cit., p. xii.

⁴⁰⁷ LOTTA, Gabriela Spanghero. **Burocracia e Implementação de Políticas de Saúde**: os agentes comunitários na Estratégia de Saúde da Família. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015, p. 44.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 44.

⁴⁰⁹ LIPSKY, M., op. cit., p. xi.

ser acessada. Não que isso seja novidade, pois as classes populares também “devem” aceitar os arranjos existentes para várias outras políticas sociais, tais quais programas habitacionais e assistência social. A existência dessa via única exige dos indivíduos um equilíbrio entre afirmar seus direitos como cidadãos e se ajustar aos padrões de comportamento que as unidades públicas buscam impor aos clientes⁴¹⁰.

As aspirações subjetivas devem ser temperadas pelas limitações institucionais. Mas, em questões tão decisivas e urgentes como a saúde, até que ponto pode-se aguardar passivamente atenção e tratamento justos? E quando a experiência e a evidência mostram ao indivíduo que ele vai esperar em vão? O dilema sobre como agir pode ser especialmente mais agudo para as pessoas em situação mais vulnerável (minorias raciais, étnicas, população em situação de rua, etc) ou quando há assimetrias de classe social em relação a quem as atende nas unidades de saúde. Em face da omissão e da negligência – atual ou potencial – o indivíduo deve escolher qual comportamento adotar entre arriscar não ter suas necessidades pessoais atendidas ou demandar assertivamente seus direitos, o que pode implicar em antagonizar os servidores públicos e romper os procedimentos estabelecidos naquela unidade⁴¹¹. **Submeter-se ou antagonizar?** Basta imaginar uma emergência de hospital lotado ou a espera de anos na fila por um procedimento eletivo no SUS para perceber o quanto é comum enfrentar o dilema acima descrito.

A possibilidade de resposta dos indivíduos das classes populares – especialmente aqueles imersos na ralé estrutural – a essas situações-dilema é extremamente representativa da má-fé institucional. Além da fragilidade da falta de alternativas, eles enfrentam as limitações impostas pela sua socialização incipiente. **Simplesmente não logram fazer as melhores escolhas e, portanto, se comportar de forma a obter as melhores reações por parte dos servidores que têm discricionariedade sobre o atendimento, falham em se integrar à dimensão social da instituição SUS⁴¹²** e reforçam sua própria exclusão com as

⁴¹⁰ Ibidem, p. xvi.

⁴¹¹ Ibidem, p. xvi.

⁴¹² Brand Arenari e Roberto Dutra esclarecem que as instituições possuem uma dimensão social para os indivíduos, pois “nos insere[m] num sistema de relações sociais mediado por regras e expectativas de comportamento implícitos em uma instituição social específica, e secundariamente

atitudes ora subservientes, ora destemperadas. A eventual ausência de autocontrole mina suas possibilidades de inclusão⁴¹³ como indivíduos e, no âmbito coletivo, não conseguem se articular politicamente para levar a frente suas reivindicações por melhoria no atendimento. Em suma, são “amputados politicamente”⁴¹⁴.

Os traço de comportamento acima destacados expõem de forma mais intensa os indivíduos das classes populares a eventuais arbitrariedades que podem ocorrer no dia a dia do uso do poder discricionário: imposição de tratamentos negligentes, abuso pessoal ou disciplinar⁴¹⁵, etc. Tais arbitrariedades podem, inclusive, ser potencializadas por conflitos de classe⁴¹⁶ ou se tornar práticas reiteradas destinadas aos pacientes que se encaixam em estigmas reproduzidos dentro das unidades: delinquentes, tatuados, dependentes químicos, prostitutas, pacientes psiquiátricos da ralé, entre outros⁴¹⁷.

Tais resultados “negativos” da discricionariedade dos profissionais de saúde, contudo, são mais consequência das condições institucionais adversas que enfrentam do que de suas predileções e interesses pessoais. Essa é a segunda contribuição de Lipsky relevante à compreensão da má-fé institucional. Como o próprio termo sugere, **a má-fé não é, em geral, do indivíduo que presta atendimento ou gerencia a unidade de saúde, mas sim resultado mais amplo da atuação institucional, que, no conjunto das ações, reproduz a estratificação social já existente.** ⁴¹⁸

porque, ao ser inserido, portamos a chancela dessa instituição como passaporte de entrada em outras instituições da vida social.” (ARENARI, Brand; DUTRA, Roberto. A construção social da condição de pessoa: premissas para romper o círculo vicioso de exclusão e uso problemático do crack. In: SOUZA, Jessé (Org). **Crack e exclusão social**. Brasília, Ministério da Justiça, 2016, p. 204.)

⁴¹³ Ibidem, p. 206.

⁴¹⁴ LUNA, L.. Fazer viver e deixar morrer: a má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, J. (Org). **A Ralé Brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte, UFMG, 2009, p. 327.

⁴¹⁵ LOTTA, G. S., op. cit., p. 49.

⁴¹⁶ Para a descrição detalhada de uma situação de abuso pessoal e de conflito de classes em um pronto socorro, conferir: LUNA, L., op. cit., p. 316.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 320-321.

⁴¹⁸ Existem, contudo, situações em que os problemas estruturais se apresentam ao usuário como uma ação individual voluntária, que “se traduz muitas vezes em ‘má-vontade’ de uns, em

Idealmente, tanto o desenho das políticas públicas quanto a formação dos profissionais se direcionam a atender às necessidades de cada paciente. Tanto os trabalhadores quanto os gestores das unidades de saúde, de algum modo, buscam enfrentar os problemas para que sua unidade obtenha um desempenho considerado resolutivo, correspondendo, assim, às expectativas normativas formuladas pelo SUS⁴¹⁹. As contingências da prática institucional, contudo, impõem lidar coletivamente com a massa de demandas que devem ser respondida. Na melhor das hipóteses, a burocracia das unidades de saúde se organiza de forma a lidar com o público de forma justa, apropriada e preocupada. Mas o pior também pode ocorrer, e as privações podem dar espaço ao favoritismo ou à formação de estereótipos, conveniências e rotinas que servem ao interesse da burocracia e não ao dos pacientes⁴²⁰.

A precária estrutura e a falta de recursos materiais que, muitas vezes, fazem parte do dia a dia das unidades do SUS aumentam a chance de o paciente experimentar esse “lado negativo” da discricionariedade, ainda que os profissionais não tenham nenhuma intenção nisso. Como destaca Lara Luna, o “ambiente apertado, abarrotado, com pessoas pelos corredores afeta a disposição psicológica de profissionais, pacientes e acompanhantes” e, além disso, também expõe “à falta de segurança, agressões físicas e verbais”⁴²¹. A precariedade, portanto, não deixa vulneráveis apenas os pacientes das classes populares, mas também os próprios profissionais que atuam sem condições de trabalho⁴²², de forma que ambos estão expostos aos conflitos de classe⁴²³.

procedimentos burocráticos que entravam uma transferência de setor ou de unidade hospitalar, em falta de leitos e também de material ou medicamento, na demora da visita médica ou da execução de exames, até mesmo do recebimento de resultados. Ações, portanto, comuns no cotidiano das instituições de saúde e que prejudicam diretamente o paciente” (Ibidem, p. 317).

⁴¹⁹ DUTRA, Roberto; CAMPOS, Mauro Macedo. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. **Conexão Política**, Teresina, v. 2, n. 2, pp. 11-47, ago/dez., 2013, p. 42.

⁴²⁰ LIPSKY, M. **Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services** (30th anniversary edition). Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 2010, p. xiv.

⁴²¹ LUNA, L., op. cit., p. 325.

⁴²² A situação é grave no Brasil, mas representa problema de âmbito internacional, pois a motivação e o gerenciamento da atuação dos profissionais de saúde é uma das questões mais negligenciadas dos serviços de saúde (BRITNELL, M. **In Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015, p. 217).

⁴²³ Ibidem, p. 306

Nesse contexto, reforçar o controle pela burocracia central ou limitar a discricionariedade exercida pela burocracia de rua pode não ser a opção mais eficaz. É essa a terceira contribuição de Lipsky. Os eventuais ganhos de eficiência obtidos dessa forma podem se dar às custas da capacidade de resposta dos profissionais de saúde às necessidades dos pacientes, com consequências para a qualidade e a eficácia dos serviços prestados⁴²⁴, como, por exemplo, no estabelecimento de estratégias de referência dos casos “difíceis” para profissionais mais especializados ou mesmo em encaminhamentos para as ouvidorias⁴²⁵.

Algumas práticas encontradas nos serviços do SUS parecem corroborar tal assertiva. Pesquisa realizada por Ana Gawryszewski *et al* afirma a desresponsabilização encontrada entre profissionais das unidades de emergência que realizam a solicitação de vaga à central de regulação de UTI “quase que na imediata chegada do paciente à unidade, mesmo antes de uma estabilização do quadro”⁴²⁶. A falta de engajamento com as necessidades particulares de cada paciente também é descrita por Lara Luna, ao destacar que “parece ficar implícito que o importante é apenas salvar a vida do paciente; o resto é adicional e mesmo desnecessário”, especialmente no que tange às demandas sociais e psicológicas deste⁴²⁷.

Outra prática interessante foi identificada por Gabriella Lotta ao analisar a atuação de agentes comunitários de saúde. Confrontados com a falta de estrutura e de profissionais para a avaliação e diagnóstico dos pacientes, os próprios agentes comunitários tomaram a iniciativa de realizá-los, em franca extrapolação de suas competências técnicas e burocráticas definidas pela política pública⁴²⁸. Tais exemplos ilustram que ignorar a importância da discricionariedade e das

⁴²⁴ GILSON, L. L.. Michael Lipsky, *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Service*. **Oxford Handbooks Online**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 15.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 3.

⁴²⁶ GAWRYSZEWSKI, A.B.; OLIVEIRA, D.C.; GOMES, A.T.. Acesso ao SUS: representações e práticas de profissionais envolvidas nas Centrais de Regulação. **Physis**, v. 22: 1, pp. 119-140, Jan. 2012, p. 128.

⁴²⁷ LUNA, L., *op. cit.*, p. 317.

⁴²⁸ LOTTA, Gabriela Spanghero. **Burocracia e Implementação de Políticas de Saúde: os agentes comunitários na Estratégia de Saúde da Família**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015, p. 220.

contingências estruturais dos profissionais de saúde e impor a eles excessivos padrões de atuação e controle pode conduzir ao reforço de estereótipos e ao descuido com as necessidades das pessoas atendidas. Ao invés disso, **o foco deveria ser ofertar-lhes suporte para que cumpram suas responsabilidades** e, inclusive, para que possam tratar alguns pacientes de forma diferenciada, desde que isso não resulte em práticas discriminatórias ou em favoritismo, e para que o profissional tenha capacidade, treinamento e experiência para exercer adequadamente tais escolhas⁴²⁹, afinal, são também as relações desenvolvidas na interação entre os profissionais e entre os profissionais e seus clientes que garantem um certo nível de responsabilidade (*accountability*)⁴³⁰.

Relato exemplar dos pontos acima abordados pode ser encontrado na pesquisa de Selma Viegas e Carla Penna, que realça a necessidade de se trabalharem os vínculos entre pacientes e profissionais da saúde:

(...) a relação entre a equipe Saúde da Família e a população adstrita deve estar fundamentada na construção de vínculo. Essa equipe passa a ser referência para a população usuária, que busca diariamente implantar mudanças na atenção a saúde, face às propostas de um modelo assistencial centrado no usuário. Entretanto, esse é um modelo que convive com uma prática ainda fragmentada, centrada em produção de atos e intervenções de natureza médico-curativa, predominando a desarticulação e as inúmeras queixas dos usuários.⁴³¹

Em suma, é essencial reconhecer e endereçar soluções para os aspectos negativos que podem surgir na dinâmica da interação com os pacientes das classes populares. Se for deixada intocada, a injustiça que se observa no nível interpessoal pode comprometer ainda mais o acesso aos serviços de saúde e, assim, contribuir para a perpetuação do contexto estrutural e institucional de fragilização, privação e

⁴²⁹ GILSON, L. L.. Michael Lipsky, Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Service. **Oxford Handbooks Online**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 16.

⁴³⁰ MARINETTO, M.. A Lipskian Analysis of Child Protection Failures from Victoria Climbié to 'Baby P': A Street-Level Re-evaluation of Joined-up Governance. **Public Administration**, v. 89 (3), pp. 1164–81, 2011, p. 1.180.

⁴³¹ VIEGAS, S. M. F.; PENNA, C. M. M.. O SUS é universal, mas vivemos de cotas. **Ciênc. saúde coletiva**, v.18, n.1, pp.181-190, 2013, pp. 182-183.

pobreza de parte dos cidadãos⁴³². Além disso, o suporte ao desenvolvimento dessa interface tem potencial para reparar as condições individuais e estruturais de injustiça⁴³³.

Encerramento do capítulo

Iniciamos o presente capítulo pela descrição dos princípios constitucionais e da organização institucional do SUS, da saúde complementar e da saúde suplementar. A formulação dada pela Constituição Brasileira ao SUS é o reconhecimento jurídico e prático de que o mercado, apenas, não pode garantir o direito universal à saúde⁴³⁴; o Estado brasileiro deve também atuar. Tivemos, contudo, oportunidade para expor as distorções no processo de implementação do SUS. Gastão Wagner bem resume a situação, ao afirmar que, no plano concreto, tem-se “elaborado normas, adotado modelos de gestão e de financiamento contrários à racionalidade das políticas e dos sistemas públicos de saúde”.⁴³⁵

O descompasso entre o desenho constitucional e a realidade institucional tem gerado reflexos negativos no acesso da população, pois a assistência à saúde no Brasil, numa perspectiva institucional, está constituída por dois segmentos que configuram uma “dupla institucionalidade”⁴³⁶. A regulamentação jurídico-formal não tem organizado claramente a interação desse *mix* público-privado e, tampouco, logrado criar vínculos entre as duas modalidades assistenciais⁴³⁷. Pelo contrário, a evolução do aparato jurídico-legal tem sancionado o redirecionamento dos recursos públicos para o financiamento dos planos de saúde e suas redes de serviços, bem como mascarado a vigência de políticas públicas de inclusão seletiva de

⁴³² HARRIS, N. *et al.* Bringing Justice to Unacceptable Health Care Services? Street-Level Reflections from Urban South Africa. **International Journal of Transitional Justice**, v. 8, pp. 141–161, 2014, p. 161.

⁴³³ Ibidem, p. 161.

⁴³⁴ CAMPOS, G. W. de S.. Paradoxos na construção do SUS. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, pp. 705-708, Set. 2015, p. 707.

⁴³⁵ Idem

⁴³⁶ MENICUCCI, T. M. G.. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 291.

⁴³⁷ Idem.

demandas⁴³⁸. Em suma, o Estado brasileiro tem perpetuado um padrão degradado de relação entre público-privado, mesmo que o SUS tenha sido arquitetado com outro propósito. Os recursos organizacionais que a burocracia sanitária tem se esforçado em implementar a fim de assegurar caráter público ao sistema não têm logrado superar as contradições entre as diretrizes constitucionais e a realidade institucional⁴³⁹. A realidade tem sido de exclusão das classes populares – na concepção e na implementação das políticas públicas – e de manutenção de privilégios para uma minoria organizada, que, enquanto “puder separar a sua sorte da sorte da maioria, separará”.⁴⁴⁰

A judicialização da saúde, foco do presente estudo, é, sobretudo, reação a esse contexto de exclusão. Comumente, essa reação é individual e se dá quando o paciente busca a atuação do sistema de justiça para acessar um tratamento que lhe é negado. A negativa, conforme detalhamos ao longo deste primeiro capítulo, pode ter várias causas: falta de recursos orçamentários, contingenciamento de verbas, má-gestão, concepção deficiente das políticas públicas, negligência para com as doenças da pobreza, iniquidade na distribuição territorial, deficiências de estrutura, desabastecimento da rede, falta de vagas, filas enormes, demora no atendimento, acesso privilegiado de terceiros ou, até, carência de diálogo com os profissionais de saúde. É, portanto, para ter acesso adequado àquilo que as políticas públicas de saúde prometeram – ou deveriam prometer – que muitos dos usuários do SUS vão ao sistema de justiça levar sua irresignação.

Os discursos político, institucional, midiático e acadêmico mais comuns, no sentido de que a judicialização da saúde aprofunda desigualdades e desestrutura o SUS, simplesmente são incoerentes com a realidade de privação enfrentada pela ampla maioria dos usuários do sistema, que são exatamente os indivíduos das

⁴³⁸ BAHIA, L.. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, v.13, n.5, pp.1385-1397, 2008, p. 1389.

⁴³⁹ CAMPOS, G. W. de S., op. cit., p. 708.

⁴⁴⁰ UNGER, R. M.. Saúde: questão de consciência. São Paulo, 24 jan. 2010. *Tendências e Debates. Folha de São Paulo*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2401201009.htm> Acesso em: 06 jul. 2016.

classes populares que não gozam da cobertura duplicada provida pelo setor privado. Se injustiça no acesso é o problema central, como lutar por acesso pode ser um ato que reforça desigualdades ou desestrutura o SUS? O estudo do perfil das demandas mais comuns, realizado no capítulo 4, reforça a percepção ora defendida, especialmente porque tem correspondência com vários dos problemas ora destacados que os usuários do SUS enfrentam diariamente.

A judicialização da saúde possui, também, dimensão de resolução coletiva de conflitos e pode ser utilizada para corrigir deficiências ou omissões na concepção das políticas públicas de saúde. As contribuições coletivas do sistema de justiça para com o SUS podem se dar tanto nas demandas que nascem com escopo coletivo, quanto na articulação das reiteradas demandas individuais que representem sintomas de *déficits* estruturais a serem corrigidos. A hipótese desse trabalho, desenvolvida mais a frente, é de que a contribuição do sistema de justiça será mais bem-sucedida à medida em que envolver comprometimento institucional que possa mediar o acesso e o diálogo entre cidadãos excluídos e a gestão do sistema de saúde.

O diagnóstico realizado no presente capítulo demanda complementação. Assim, a pesquisa prossegue com a contextualização do sistema de saúde brasileiro em face da experiência internacional. Tal esforço se concentra na comparação com a organização do sistema de saúde norte-americano, que, conforme defendemos, é o que oferece mais oportunidades de aprendizado sobre nossas contradições e deficiências e, portanto, mais contribui para a construção de alternativas coerentes e efetivas.

CAPÍTULO II

MODELO DE SAÚDE BRASILEIRO EM PERSPECTIVA COMPARADA: LIÇÕES SOBRE A AMERICANIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Of all the forms of inequality, injustice in health care is the most shocking and inhumane

(Martin Luther King Jr., 1962)

As contradições entre os princípios constitucionais e as práticas institucionais do SUS foram exploradas no capítulo anterior a partir de uma tentativa de se comparar o desenho normativo com a realidade do financiamento, da concepção e da implementação das políticas públicas. Neste segundo capítulo, pretendemos ampliar e qualificar tal diagnóstico, com auxílio da perspectiva comparada. Para servir ao escopo maior da pesquisa – explorar o potencial da Judicialização da Saúde para o desenvolvimento do SUS e para a inclusão das classes populares –, tal perspectiva deve ir além do diagnóstico e servir à construção de alternativas.

Com tal objetivo, trazemos o foco para a comparação entre os sistemas de saúde do Brasil e dos Estados Unidos (EUA). Esta comparação é muito esclarecedora acerca dos principais desafios, contradições e tendências atuais da saúde pública brasileira, pois, embora os dois sistemas partam de princípios jurídicos e institucionais muito distintos, as práticas políticas e institucionais guardam muitas semelhanças. Essa correlação não é recente, tampouco está restrita ao âmbito da saúde: os dois países compartilham várias características e desafios no âmbito da vida política e social e isso se reflete nos resultados dos respectivos sistemas de saúde. Nesse sentido, Maria Lúcia Werneck Vianna afirma que há muito enfrentamos, no Brasil, um processo de “americanização” no âmbito

da proteção social, o qual é especialmente sentido na saúde⁴⁴¹. Em sentido semelhante, Paulo Faveret e Pedro Oliveira afirmam que, embora a Reforma Sanitária tenha se inspirado no paradigma inglês, manteve-se a tendência estrutural mais próxima ao modelo estadunidense, cujas características centrais seriam a hegemonia privada e a ação residual do Estado⁴⁴².

Tal quadro leva-nos a considerar que a compreensão da experiência norte-americana é oportunidade para melhor enxergar nossos próprios problemas, evitar erros e pensar em alternativas institucionais para a saúde pública, inclusive no campo da judicialização da saúde.

A comparação com o modelo norte-americano também se dá em perspectiva com o modelo europeu de políticas sociais, especialmente na área de saúde. A hipótese da americanização, sobretudo no caso britânico⁴⁴³, é objeto de reflexão mais ampla e tem sido influenciada pela redefinição da relação entre público e privado no desenho da proteção social, especialmente nos sistemas de saúde.

Para alcançar os objetivos acima expostos, iniciamos esse segundo capítulo com a contextualização do modelo brasileiro em perspectiva com os diferentes arranjos que a interface público-privado pode assumir no financiamento e na oferta dos serviços de saúde. Em seguida, passamos ao debate sobre a americanização das políticas de saúde e como ele influencia a análise dos desafios que a interface entre público e privado tem apresentado para os sistemas de saúde com perfil universalista, como é o caso do Reino Unido e, especialmente, do Brasil. Avançamos com a exposição das semelhanças marcantes entre Brasil e EUA, que reforçam a importância e a utilidade da comparação entre os dois modelos, a fim de imaginar alternativas institucionais para o cenário da saúde no Brasil. Em seguida, nos dedicamos à exposição da formação e, especialmente, da atual organização

⁴⁴¹ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, *passim*.

⁴⁴² FAVERET, P.; OLIVEIRA, P. J.. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 3, pp. 139-162, 1990, pp. 140 e 143-147.

⁴⁴³ HOLMWOOD, John. Europe and the 'Americanization' of British Social Policy. **European Societies**, v. 2, n. 4, pp. 453-482, 2000, p. 454.

institucional do sistema de saúde dos EUA, imersa em cenário de reformas e controvérsias políticas. Por fim, nos voltamos para as semelhanças encontradas entre os modelos de saúde brasileiro e estadunidense que nos permitam melhor compreender as distorções que identificamos no Capítulo I e, assim, explorar o potencial de imaginação institucional na percepção de que, de fato, está em curso um processo de americanização da saúde no Brasil.

1. A contextualização do sistema de saúde brasileiro no âmbito internacional a partir da relação público-privado

1.1. *Relação público-privado na composição do financiamento dos sistemas de saúde*

A conformação dos variados sistemas nacionais de saúde se fez ao longo do século XX, contudo, é só a partir da década de 1990 que são observadas muitas reformas nos países democráticos que tendem tanto a aumentar a participação da iniciativa privada⁴⁴⁴ quanto a reforçar o papel do Estado como financiador ou como prestador dos serviços de saúde⁴⁴⁵. Esse movimento de vetores contrapostos – que é claramente observado no Brasil⁴⁴⁶ – resulta na formação de sistemas com um *mix* público-privado tanto na oferta quanto no financiamento dos serviços de saúde.

A coexistência entre tais setores tornou-se regra, de forma que não há notícia de sociedade capitalista despida de participação da iniciativa privada⁴⁴⁷. O diferencial entre os sistemas nacionais passou a ser definido pela conformação

⁴⁴⁴ Essa tendência mundial coincide com a assunção pelo Banco Mundial, ao final dos anos de 1980, do papel predominante de orientação da agenda internacional da saúde em detrimento da liderança até então exercida pela Organização Mundial da Saúde. (ALMEIDA, C. Saúde, Política Externa e Cooperação Sul-Sul em Saúde: elementos para a reflexão sobre o caso do Brasil. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v.1, 2013, p. 265.)

⁴⁴⁵ GLOPPEN, S.. *Litigating Health Rights: Framing the Analysis*. In: GLOPPEN, Siri. **Litigating Health Rights: Can Courts Bring more Justice to Health**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 19.

⁴⁴⁶ Nesse sentido, entre vários outros, conferir: CAMPOS, G. W. S.. **Reforma da Reforma: repensando a saúde**. São Paulo: Hucitec, 1992, pp. 17-33.

⁴⁴⁷ BUSS, P. M.; LABRA, M. E.. **Sistemas de Saúde: continuidades e mudanças**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995, p. 20.

adotada entre público e privado para, de um lado, ofertar e regular os serviços e, de outro, promover o seu financiamento. Diante disso, um dos grandes desafios dos gestores em cada país tem sido identificar a composição mais adequada à vista do contexto local existente⁴⁴⁸. Avançamos, no presente tópico, com a contextualização do sistema brasileiro em face desse desafio, iniciando pela questão do financiamento, e, após, seguiremos de modo a avaliar a oferta dos serviços.

Nas pesquisas realizadas no Brasil, é muito comum se recorrer à comparação com o contexto internacional para identificar as distorções de financiamento do nosso modelo de saúde, sobretudo quanto à situação peculiar de coexistência de financiamento predominantemente privado e modelo de sistema de acesso universal. Nesse sentido, Sérgio Piola *et al* chamam atenção para o fato de o Brasil possuir dispêndio total em saúde semelhante à média dos países que integram a OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico –, inclusive daqueles que possuem sistemas universais, contudo, ostentar, também, gasto público muito baixo para “ter, efetivamente, um sistema de cobertura universal e atendimento integral”⁴⁴⁹. Fabíola Vieira e Rodrigo Benevides destacam que o gasto público com saúde do Brasil se situa até mesmo abaixo daquele encontrado em “países da América Latina nos quais a saúde não constitui um dever do Estado”⁴⁵⁰.

Os estudos comparativos internacionais corroboram a afirmação dos pesquisadores brasileiros. Dentre eles, merece destaque⁴⁵¹ o estudo “Panorama da Saúde 2015”⁴⁵² (*Health at a Glance*), realizado de forma bienal pela OCDE, cuja

⁴⁴⁸ SANTOS, I. S.; SANTOS, M. A. B.; BORGES, D. C. L.. Mix Público-Privado no Sistema de Saúde Brasileiro: realidade e futuro do SUS. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, p. 76.

⁴⁴⁹ PIOLA, S.F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. Financiamento do Sistema Único de Saúde: Trajetória Recente e Cenários para o Futuro. **Rev. Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 30, n. especial, pp. 9-33, 2012, pp. 11-12.

⁴⁵⁰ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revistas de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, Brasília: UnB, v. 10, n. 3., 2016, p. 9.

⁴⁵¹ Adotamos o estudo da OCDE em razão do seu foco em países cuja comparação com o Brasil é mais pertinente: economias desenvolvidas e grande economias em desenvolvimento.

⁴⁵² OCDE (2015). *Health at a Glance 2015: OECD Indicators*. **OECD Publishing**, Paris, pp. 165-167. Disponível em:

<http://www.oecd.org/health/health-systems/health-at-a-glance-19991312.htm>

publicação tem por objetivo fazer a comparação dos sistemas de saúde entre os países-membros da OCDE e os “países parceiros”, incluídos o Brasil e outros grandes países em desenvolvimento, como Rússia, Índia, China e África do Sul (todos membros do BRICS⁴⁵³). O referido estudo, dentre várias outras informações, expõe dados e os compara com gráficos sobre o financiamento da saúde dos diversos países, a partir do gasto anual *per capita* e do gasto/investimento em saúde em porcentagem do Produto Interno Bruto – PIB –, com segmentação que permite visualizar a proporcionalidade da distribuição dos recursos oriundos do setor público e do privado.

A leitura do referido estudo permite observar que o percentual do PIB investido pelo Brasil em saúde é significativo (9,1%, dados de 2013)⁴⁵⁴, pois superior à média da OCDE e de todos os países do BRICS. Por outro lado, o gasto *per capita* é relativamente baixo, pois bem inferior à média da OCDE, embora seja superior à média dos demais países dos BRICS (atrás apenas da Rússia) e de outros grandes países latino-americanos, como México e Colômbia. O fato que chama mais atenção, contudo, é a composição dos investimentos público e privado, em que há ligeira predominância do segundo.

No referido estudo, é possível confirmar a recorrente afirmação, nos estudos acadêmicos brasileiros⁴⁵⁵, de que os países que construíram sistemas prioritariamente públicos e de acesso universal – a exemplo da Inglaterra, França, Colômbia e Costa Rica – variam quanto ao nível de gasto em saúde, mas mantêm como característica comum e constante o amplo predomínio do financiamento público em relação ao privado. Mesmo na média, o conjunto dos países da OCDE

Acesso em: 15 jun. 2017.

⁴⁵³ BRICS é o acrônimo utilizado para referência aos países mencionados, que formam um grupo político de cooperação integrado por grandes economias emergentes.

⁴⁵⁴ Valor diferente pode ser encontrado em outras fontes. O IBGE, por exemplo, indica, para o mesmo ano de 2013, que o gasto com saúde correspondeu a 8% do PIB. Dado disponível em:

<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/12/gastos-com-saude-alcancaram-8-do-pib-em-2013>

Por sua vez, o relatório de estatísticas em saúde da OMS-2015 aponta investimento correspondente a 9,5% do PIB (dado de 2012). Dado disponível em:

http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/170250/1/9789240694439_eng.pdf

Essa variação, contudo, não invalida o argumento a ser construído, pois é uma variação dentro de um padrão de investimento de médio para alto.

⁴⁵⁵ PIOLA, S.F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S., op. cit., , p. 11.

apresenta a participação das fontes públicas no financiamento em torno de 70% da despesa total⁴⁵⁶. Apenas países como Estados Unidos e Índia, que não têm sistemas com cobertura universal, têm ampla predominância do financiamento e da oferta dos serviços de saúde pelo setor privado.

Este é, portanto, o “problema central” comumente apontado no financiamento da saúde no Brasil: o gasto público é muito baixo para o país manter cobertura universal e atendimento integral de forma efetiva. A composição de investimento, de fato, é típica de países como os EUA, que não adotaram o ideal de universalidade, tanto que se especula que o Brasil seja o único país com previsão legal de sistema universal onde o gasto privado é maior que o público⁴⁵⁷. Assim, apesar de as escolhas institucionais sedimentadas na Constituição se inspirarem nas experiências de países de alta renda – que mantêm padrão de maior investimento público na saúde⁴⁵⁸, o Brasil segue reproduzindo o padrão de subfinanciamento da saúde historicamente observado nas economias emergentes⁴⁵⁹ e nas de baixa renda.⁴⁶⁰

A contextualização internacional permite repisar os argumentos lançados no primeiro capítulo no sentido de que o baixo financiamento público é uma das distorções do modelo de saúde brasileiro. O subfinanciamento é, portanto, um grave problema. Entretanto, não é exatamente na origem dos recursos que reside (ou deveria residir) nossa maior preocupação: mesmo o aumento do financiamento público pode não corresponder a um incremento uniforme na cobertura da população⁴⁶¹, de forma que o desafio maior está no formato institucional adotado para o financiamento e a oferta dos serviços de saúde.

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 12.

⁴⁵⁷ Idem.

⁴⁵⁸ SCHIEBER, G. J. *et al.* Financing global health: Mission unaccomplished. **Health Affairs**, v. 25, n. 4, pp. 921-934, 2007, pp. 923-924.

⁴⁵⁹ BRITNELL, M. **In Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015, p. 156.

⁴⁶⁰ SCHIEBER, G. J. *et al.*, op. cit., loc. cit.

⁴⁶¹ BAHIA, L.. The Brazilian health system between norms and facts: mitigated universalization and subsidized stratification. **Ciênc. saúde coletiva**. v.14, n. 3, pp.753-762, 2009, p. 760.

Nesse sentido, Carolyn Tuohy *et al* afirmam que não é suficiente apenas olhar para o nível de financiamento e o percentual de divisão entre público e privado, é necessário também considerar como essa relação se estrutura em cada contexto⁴⁶². As análises comparadas parecem lhes dar razão. No longo prazo, os esquemas de financiamento baseados em uma fonte pagadora dominante (normalmente o Estado) aliada a um sistema de precificação (regulação dos preços cobrados) mostraram melhores resultados, todavia, alternativas a esse modelo podem ser eficientes. Os países asiáticos, por exemplo, têm apresentado recentemente rápida evolução em seus sistemas de cobertura universal, compondo uma base mais ampla de financiamento: seguros relacionados ao emprego, subsídios governamentais e co-pagamentos pelos pacientes⁴⁶³, e os governos frequentemente olham para o mercado de seguros privados como um meio possível para enfrentar alguns dos desafios do sistema de saúde⁴⁶⁴.

Em face do exposto, avançamos a fim de contextualizar o modelo brasileiro no âmbito dos arranjos institucionais na organização público/privada do financiamento e da oferta dos serviços de saúde.

1.2 Arranjos público-privados na oferta dos serviços dos sistemas de saúde

As mudanças observadas nos sistemas de saúde, especialmente no que tange ao desenvolvimento dos arranjos público-privados, tornaram pouco úteis as taxonomias mais estanques. De fato, praticamente não se encontram mais exemplos “puros” que se enquadrem em um dos três tipos clássicos: sistema nacional de saúde, de prestação exclusivamente estatal e financiamento exclusivo por tributos; sistema integrado ao seguro social, de financiamento exclusivo de

⁴⁶² TUOHY, C. *et al*. How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**, Duke University Press. v. 29, n. 3, pp.359-396, 2004, p. 360.

⁴⁶³ BRITNELL, M., *op. cit.*, p. 213.

⁴⁶⁴ COLOMBO, F.; TAPAY, N.. Private Health Insurance in OECD Countries: the Benefits and Costs for Individuals and Health Systems. **OECD Health Working Papers**, OECD Publishing, Paris, n. 15, 2004, p. 4.

contribuições sobre os salários; e sistema de saúde liberal, baseado na atuação do mercado⁴⁶⁵. Os sistemas atuais mesclam elementos, tanto no âmbito do financiamento, conforme destacamos, quanto na forma da prestação de serviços⁴⁶⁶, o que faz de tais abordagens mais tradicionais instrumentos pouco úteis para se entender a conformação dos sistemas de saúde⁴⁶⁷. Assim, mais adequado à contextualização do modelo brasileiro é compreender como outros países i) definem qual parcela da população terá acesso à cobertura pública; ii) estruturam a relação entre público e privado; e iii) definem a função desempenhada pelo mercado de seguros de saúde.

Quanto ao primeiro ponto, nos países da OCDE pode-se identificar três abordagens para a questão de como assegurar acesso à saúde para a população. A maior parte dos países alcançou cobertura universal – ou quase universal – por um sistema nacional de saúde pública (ex.: países nórdicos, países europeus ocidentais e mediterrâneos, Canadá, Nova Zelândia, Japão, Coréia). É esse o caso também do Brasil, embora a universalização tenha sido acompanhada da tendência à precarização dos serviços acessados pelas classes populares, conforme argumentamos anteriormente. Já um segundo grupo financia cobertura pública básica para grupos específicos da população, deixando os demais com a opção de comprar seguros privados, autosseguros ou permanecem sem cobertura (ex.: Alemanha, EUA e Holanda). A Suíça apresenta um terceiro modelo, no qual a cobertura universal é alcançada pela obrigação a toda a população de contratar

⁴⁶⁵ SANTOS, I. S. *et al.* O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1431-1440, 2008, p. 1432

⁴⁶⁶ Ibidem.

⁴⁶⁷ Abordagem taxonômica semelhante àquela acima destacada é a de Eugênio Vilaça Mendes. O autor, ao observar o panorama internacional, propõe classificação analítica e aponta quatro formatos institucionais de sistemas de saúde: i) o monopólio estatal, como em Cuba, onde o Estado regula, financia e oferta com exclusividade os serviços; ii) o sistema público, do qual o Canadá é um exemplo, que mantém a ação reguladora do Estado, separa financiamento da prestação de serviços e permite a contratualização com o setor privado; iii) a “competição gerenciada”, encontrada na Colômbia, na qual ganha mais destaque o papel regulador do Estado sobre o mercado, bem como o financiamento estatal via subsídios à demanda; iv) e o livre mercado, que encontra no modelo americano (*pré-obamacare*) o melhor exemplo, pois predominam a regulação e o financiamento do mercado, com baixo controle estatal.

(MENDES, E. V. **Os grandes dilemas do SUS**. Salvador: Casa da Qualidade, 2001)

seguros para saúde básica. Os modelos são variados, mas, regra geral, a cobertura universal foi alcançada, com exceção de apenas três países: EUA, México e Turquia.⁴⁶⁸

Quanto ao segundo ponto, pesquisa de Carolyn Tuohy *et al* identifica ao menos quatro padrões de estruturação da relação público-privado: a) Sistemas Paralelos: quando um sistema financiado privadamente existe como alternativa ao público; b) Co-pagamento: quando, para um amplo rol de serviços, o financiamento é subsidiado por fontes públicas, mas complementado com recursos do paciente ou do seguro de saúde; c) Segmentado (*group-based*): nas situações em que determinados grupos da população têm acesso à cobertura pública e outros, à cobertura privada; d) Setorial: quando certos setores dos serviços de saúde são inteiramente financiados pelo Estado e os demais dependem basicamente do aporte de recursos privados⁴⁶⁹.

Os sistemas de saúde em cada nação combinam esses vários padrões, mas, é possível perceber tendência, em cada país, em direção a um desses modelos. Identificar tais tendências é relevante, pois o estudo de como são delineadas as fronteiras entre público e privado em determinado contexto pode ser muito útil a outros países que reúnam elementos semelhantes⁴⁷⁰. No que interessa à compreensão da realidade brasileira, importante notar que o Reino Unido – base para o modelo normativo do SUS – combina a cobertura pública de um amplo rol de serviços com um pequeno nicho orientado para sistema privado paralelo⁴⁷¹, já os EUA – sistema para o qual temos nos orientado – é o exemplo primário de modelo segmentado e representa ponto fora da curva na comparação com os outros países

⁴⁶⁸ OCDE. Private Health Insurance in OECD Countries. **The OECD Health Project**, OECD Publishing, Paris, 2004, pp. 28-29.

⁴⁶⁹ TUOHY, C. *et al*. How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**. Duke University Press, v. 29 (3), pp.359-396, 2004, p. 360-361.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 361.

⁴⁷¹ Ibidem, p. 361-362.

da OCDE, tendo em vista a baixa proporção de participação do financiamento público e a significativa população sem cobertura⁴⁷².

No que tange ao terceiro ponto – funções do mercado de seguros privados de saúde – novamente o critério utilizado pela OCDE é útil, pois leva em consideração a perspectiva do acesso dos indivíduos à cobertura pública ou privada, bem como as variadas funções que o mercado privado pode assumir⁴⁷³.

Segundo a OCDE, nos países em que não há cobertura pública universal, o mercado privado pode ter a função “primária” para parte significativa da população, seja para aqueles não elegíveis para a cobertura pública (primário e principal) seja para os que decidem não optar por ela (primário e substitutivo). Nos países com cobertura pública universal, o mercado privado assume funções diversas: a função será “duplicada” quando o mercado oferta cobertura paralela, no todo ou em parte, aos serviços mantidos pelo estado; função será “suplementar” quando o mercado ofertar seguros para os riscos à saúde não incluídos na cobertura básica de financiamento público; por fim, a atuação será “complementar” nos países com seguros de financiamento público nos quais os seguros privados ofereçam ao paciente a repartição de custos exigida pelo sistema público. Na maior parte dos países da OCDE, o mercado de seguros desempenha mais de uma função, embora usualmente alguma delas seja mais proeminente.⁴⁷⁴

Conforme argumentamos no Capítulo I, o sistema privado no Brasil é denominado “suplementar” pela Constituição, mas, apesar de realmente possuir esse atributo, sua característica proeminente é a “duplicação” da cobertura ofertada pelo serviço público. No Reino Unido, o sistema privado também teve como função proeminente a “duplicação” em relação ao serviço público, ofertando aos seus consumidores um sistema alternativo e paralelo de entrega de serviços de saúde⁴⁷⁵.

⁴⁷² Ibidem, p. 361.

⁴⁷³ OCDE, 2004, op. cit., p. 28.

⁴⁷⁴ Ibidem, pp. 28 e 31.

⁴⁷⁵ COLOMBO, F.; TAPAY, N.. Private Health Insurance in OECD Countries: the Benefits and Costs for Individuals and Health Systems. **OECD Health Working Paper**, OECD Publishing, Paris, n. 15,. 2004, p. 14.

Vale destacar que situação semelhante ocorre na Austrália, na Espanha e na Irlanda.

Estudos mais recentes, contudo, já apontam a função suplementar como mais recorrente⁴⁷⁶.

A despeito da função desempenhada, se de duplicação ou de suplementação, é fato que a maior parte do investimento privado no Reino Unido está concentrado em um nicho pequeno, orientado e estável no tempo, que tem mantido papel de certa dependência em relação ao setor público para obter seus recursos humanos primários⁴⁷⁷. Aliás, de forma geral, nos países da OCDE o mercado privado tem assumido papel de suporte ao setor público⁴⁷⁸. A situação é diferente nos países onde o mercado privado é a fonte primária de cuidado, como nos EUA, pois a cobertura privada se mostra mais abrangente⁴⁷⁹. No Brasil, por sua vez, o setor privado tem ampliado intensamente sua cobertura, tanto no número de usuários quanto nas opções de serviços ofertados e, mesmo para os padrões dos países emergentes, é peculiar a elevada participação do mercado de seguros na configuração do sistema de saúde.⁴⁸⁰

A contextualização do modelo brasileiro a partir dos três aspectos acima expostos permite afirmar que, embora tenha-se optado corretamente⁴⁸¹ pela cobertura universal, as características do sistema são destoantes do modelo escolhido. Isso porque a relação público-privado se estruturou em bases que permitiram a sedimentação de um amplo sistema privado paralelo aliado à forte segmentação do acesso à saúde. Além disso, no que concerne à função

⁴⁷⁶ SAGAN, A.; THOMSON, S.. Voluntary health insurance in Europe: role and regulation (Observatory Studies Series, 43). **WHO Regional Office for Europe/European Observatory on Health Systems and Policies**, Copenhagen, 2016, p. 13.

⁴⁷⁷ TUOHY, C. *et al.* How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**, Duke University Press, v. 29, n. 3, pp.359-396, 2004, p. 362

⁴⁷⁸ COLOMBO, F.; TAPAY, N., op. cit., loc. cit.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁸⁰ COSTA, N. R.; VAITSMAN, J.. Universalization and Privatization: How Policy Analysis can Help Understand the Development of Brazil's Health System. **Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice**, v. 16, n. 5, pp. 441-456, out/2014, p. 454.

⁴⁸¹ A cobertura universal é, sem margem para dúvidas, a forma mais efetiva de organização de um sistema de saúde, tanto que está em expansão. Nesse sentido, conferir: BRITNELL, M. **In Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015, pp. 154-155.

desempenhada pelo mercado de seguros de saúde, esta é predominantemente duplicada, e não suplementar, como prevê a Constituição de 1988.

O complexo e peculiar contexto que, resumidamente, está exposto acima, reflete na avaliação que os próprios órgãos governamentais fazem sobre o sistema brasileiro de saúde. A Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), por exemplo, afirma que a “organização dos serviços de saúde no Brasil é do tipo misto, com um sistema público de acesso universal (SUS) e um sistema privado de seguros e planos de saúde, sendo que a cobertura deste último está claramente relacionada ao nível de renda (...)”⁴⁸². Da mesma forma, vários pesquisadores brasileiros⁴⁸³ e estrangeiros⁴⁸⁴ afirmam ser “misto” o sistema brasileiro. Embora tal taxonomia não represente a complexidade da realidade institucional do SUS, ela ilustra bem o papel estrutural da iniciativa privada.

Feitas tais considerações, as impressões advindas do contexto internacional se somam à análise realizadas no Capítulo I para reforçar o argumento do profundo descompasso entre modelo constitucional e normativo da saúde e a realidade do sistema encontrado na prática institucional. Além disso, é possível afirmar, também, que a conformação atual do modelo brasileiro resultou em arranjo institucional cujos resultados são mais próximos ao modelo norte-americano – segmentado e com forte participação do setor privado⁴⁸⁵ – do que ao paradigma britânico. Tais semelhanças, segundo Maria Lúcia Werneck Vianna, não são uma contingência atual, mas sim um processo que ela denomina “americanização” da seguridade social, especialmente observado na saúde pública brasileira, que ela assim resume:

⁴⁸² FIOCRUZ. **As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil**. Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008, pp. 73-74.

⁴⁸³ MENICUCCI, T. M. G.. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil**: atores, processos e trajetória. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 161.

⁴⁸⁴ GLOPPEN, Siri. **Litigating Health Rights: Framing the Analysis**. In: GLOPPEN, Siri. **Litigating Health Rights: Can Courts Bring more Justice to Health**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, pp. 19-20.

⁴⁸⁵ Nos Estados Unidos, além de o setor privado desempenhar a função primária e principal do sistema de saúde, o mercado de seguros ainda oferece produtos para contratação de cobertura suplementar e complementar (COLOMBO, F.; TAPAY, N., op. cit., p. 12).

(...) a despeito das britânicas intenções reformistas e da proposta beveridgeana sancionada constitucionalmente, o modelo brasileiro de proteção social, na prática, cada vez mais americano. Pois, ainda que formalmente universais e imaginadas como indutoras de cidadania, as provisões públicas se resumem a poucos benefícios para os pobres, enquanto ao mercado cabe oferta de proteção àqueles cuja situação permite a obtenção de planos ou seguros privados.⁴⁸⁶

Entender o referido processo de americanização da proteção social – que está cada vez mais agudo no campo da saúde brasileira⁴⁸⁷ – é fundamental para os objetivos da presente tese. Isso porque, além de contribuir para a identificação dos principais desafios da saúde pública⁴⁸⁸, permite melhor compreender a judicialização das políticas de saúde, pois os EUA conviveram⁴⁸⁹ e convivem com uma intensa interface entre Saúde e Justiça, o que pode ser notadamente encontrado nas recentes decisões da Suprema Corte Norte-Americana sobre diversos aspectos da reforma do sistema de saúde implementada na gestão do Presidente Barack Obama. Assim, o presente estudo avança para analisar a tese sobre a americanização da proteção social, com foco nos diferentes “resultados” que tal processo apresentou no paradigma europeu e, especialmente, na situação brasileira.

2. A tese da americanização da saúde: influência em diferentes contextos

O paradigma da proteção social pelo Estado floresceu sob o modelo da social-democracia, que se tornou o mais admirado formato das sociedades avançadas. Tal paradigma, contudo, está, há muito tempo, em retração em seu berço europeu⁴⁹⁰. O papel do Estado tem sido reduzido e os serviços públicos,

⁴⁸⁶ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 138.

⁴⁸⁷ SANTOS, I. S.. The solution to SUS is not a Brazilcare. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde**, [S.l.], v. 10, n. 3, set. 2016.

⁴⁸⁸ Para um exemplo dessa afirmação, conferir: SANTOS, I. S.. Evidência sobre o mix público-privado em países com cobertura duplicada: agravamento das iniquidades e da segmentação em sistemas nacionais de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, pp. 2743-2752, 2011, p. 2746.

⁴⁸⁹ Nesse sentido, conferir: KINNEY, E. D.. The Role of Judicial Review Regarding Medicare and Medicaid Program Policy: Past Experience and Future Expectations. **Saint Louis University Law Journal**, v. 35, n. 4, pp. 759-792, 1991, *passim*.

⁴⁹⁰ UNGER, R. M. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009, p. 83.

destinados à execução de terceiros⁴⁹¹. Nesse contexto, a construção de alternativas institucionais tem se limitado a imaginar o melhor da tentativa de casar a flexibilidade econômica do estilo norte-americano com a proteção social de cepa europeia⁴⁹², de forma que tornou-se recorrente a tentativa de se comparar os dois “modelos”, usualmente considerados fundamentalmente diferentes⁴⁹³, na busca por identificar se a desestruturação do *Welfare* e a subordinação ao mercado privado já teriam conduzido a uma “americanização” da política social europeia⁴⁹⁴, última “trincheira” da social democracia⁴⁹⁵.

Essa tensão também está presente no Brasil que, reiteradamente, busca adaptar às suas circunstâncias o modelo dos países ricos do Atlântico Norte⁴⁹⁶. Por tal razão, iniciamos o presente tópico com a exposição da tese da americanização no âmbito europeu, utilizando como exemplo o contexto da saúde no Reino Unido; em seguida, cotejamos a tese da americanização da saúde à situação do Brasil, de modo a identificar como a influência do modelo norte-americano alcançou resultados diferentes nos dois cenários.

2.1. A tese da americanização do sistema de saúde britânico

A ideia de que existe forte contraste entre as políticas sociais dos Estados Unidos e da Europa deriva, regra geral, da percepção de que os norte-americanos possuem um modelo “liberal” ou de que seu *Welfare State* é apenas residual⁴⁹⁷. Tal ideia estimula a oposição dos modelos como se compusessem polos opostos de

⁴⁹¹ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths**. Nova Iorque: PublicAffairs, 2015, p. 213.

⁴⁹² UNGER, R. M., 2009, op. cit., p. xxii.

⁴⁹³ ALBER, J.. What the European and American welfare states have in common and where they differ - Facts and fiction in comparisons of the European Social Model and the United States. **Journal of European Social Policy**, v. 20, n. 2, 2010, p. 102.

⁴⁹⁴ HOLMWOOD, John. Europe and the 'Americanization' of British Social Policy. **European Societies**, v. 2, n. 4, pp. 453-482, 2000, p. 454.

⁴⁹⁵ UNGER, R. M.. **O futuro da esquerda**. Rio de Janeiro: Editora Azougue, , 2012, p. 84. (Coleção Encontros, Carlos Sávio G. Teixeira (Org.))

⁴⁹⁶ UNGER, R. M.. **Tudo (e um pouco mais)**. Rio de Janeiro: Editora Azougue, , 2012, p. 29. (Coleção Encontros, Carlos Sávio G. Teixeira (Org.))

⁴⁹⁷ FAVERET, P.; OLIVEIRA, P. J.. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 3, pp. 139-162, 1990, *passim*.

como organizar as políticas sociais. A alta participação do investimento privado no financiamento da saúde, que deriva do amplo arranjo de seguros relacionados ao emprego, é exemplo destacado.⁴⁹⁸ Um olhar mais atento sobre as características gerais do sistema de saúde norte-americano sugere, contudo, que não é adequado considerar apenas residual a proteção social nos EUA.

Os arranjos institucionais para oferta de acesso à saúde são variados e afetam um amplo espectro da população norte-americana⁴⁹⁹: a população pobre obtém cobertura pelo programa *Medicaid*, programa que auxilia também a aquisição de seguros de saúde por indivíduos e famílias com renda até 4 vezes acima da linha de pobreza; grupos vulneráveis recebem cobertura por programas como o *Medicare*, para idosos e pessoas com deficiência, e o *Children's Health Insurance Program (CHIP)*, para crianças; grande parte da classe média e dos trabalhadores tem acesso a seguros privados relacionados ao emprego, os quais contam com incentivos fiscais e perfazem a base do sistema de seguros⁵⁰⁰; e há, ainda, cobertura específica para servidores públicos, como o *Veterans Health Administration (VA)*, destinado a veteranos cuja saúde foi comprometida em razão do serviço militar. Apesar dessa variada rede, significativa parcela das pessoas está alijada de qualquer um desses segmentos e integra o contingente de aproximadamente 12% da população não idosa⁵⁰¹ (mais de 30 milhões de pessoas) que está excluída de qualquer cobertura de saúde, mesmo com a vigência do *Patient Protection and Affordable Care Act (ACA)*, de 2010.

A proteção social estabelecida no campo da saúde, portanto, se faz presente e alcança a maioria da população, de forma que não é adequado considerá-la residual, especialmente se levado em conta que o investimento nos programas públicos de saúde foi o principal avanço da política social americana nas últimas

⁴⁹⁸ ALBER, J., op. cit., pp. 103 e 105.

⁴⁹⁹ Os programas a seguir mencionados serão detalhados em tópico posterior sobre a organização e o funcionamento do sistema de saúde dos EUA.

⁵⁰⁰ BLUMENTHAL, D.. Employer-Sponsored Health Insurance in the United States – Origins and Implication. **New England Journal of Medicine**, v. 355, n. 1, pp. 82-88, 2006, p. 82.

⁵⁰¹ BLUMBERG, Linda J. *et al.* **Who Are the Remaining Uninsured, and What Do Their Characteristics Tell Us about How to Reach Them?** Washington, DC: Urban Institute, 2016, p. 3.

décadas. Nesse sentido, Jens Alber sublinha que os EUA progrediram de um patamar de 3,2% de investimento público relativo ao PIB, em 1990, para 5,4%, em 2007, o que o aproximou do percentual de investimento de países como a Alemanha (6%), que foi o primeiro país a instituir arranjo de seguro social⁵⁰². Em anos mais recentes, o gasto público em saúde, bem como o gasto total, aumentou nos EUA de forma ainda mais intensa e, segundo dados do Banco Mundial, alcançou o patamar de aproximadamente 8%^{503,504}. Tal elevação, entretanto, não alterou o perfil de predominância do investimento privado sobre o público, motivo pelo qual, nesse ponto, a diferença em relação ao perfil europeu se manteve⁵⁰⁵.

Em suma, o que há de mais marcante no modelo americano não é seu suposto caráter residual ou a tendência liberal, mas sim a elevada segmentação dos programas, a estratificação segundo a renda e o grande vazio de cobertura população – este, aliás, o ponto mais fraco do sistema. É este, portanto, o paradoxo do sistema norte-americano: aliar alto investimento com baixa cobertura⁵⁰⁶.

A influência do modelo americano sobre as políticas sociais é, portanto, uma hipótese importante a ser avaliada, pois não representaria um mero desmonte da proteção social, mas sim um arranjo alternativo. Esse arranjo apresenta algumas desvantagens evidentes, mas, por outro lado, contribuiu para o gradual abandono do infrutífero questionamento sobre a conveniência de se ter ou não um mercado privado. Questão central para praticamente todos os sistemas de saúde passou, então, a ser: qual o papel que o mercado privado deve ter?⁵⁰⁷ Há, portanto, pontos para aprendizado.

⁵⁰² ALBER, J., op. cit., pp. 107-108.

⁵⁰³ Dado disponível em:

<http://data.worldbank.org/indicator/SH.XPD.PUBL.ZS?locations=US>

Acesso em: 19 jun. 2017.

⁵⁰⁴ Boa parte do referido avanço nos gastos é creditado ao alto custo dos serviços de saúde nos Estados Unidos (ALBER, J., op. cit., p. 109).

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 117.

⁵⁰⁶ Ibidem, p. 109.

⁵⁰⁷ COLOMBO, F.; TAPAY, N.. Private Health Insurance in OECD Countries: the Benefits and Costs for Individuals and Health Systems. **OECD Health Working Paper**, OECD Publishing, Paris, n. 15, 2004, p. 51.

Nesse sentido, Jens Albers registra que, embora a política social europeia tenha, de fato, “traços de americanização”, no que diz respeito ao aumento da importância do gasto privado para fins sociais, não se verificou incremento da segmentação nos arranjos institucionais europeus⁵⁰⁸. Para o referido pesquisador, a influência americana se restringiu a três fatores centrais: ênfase na responsabilidade individual; novo interesse na oferta privada e no aumento das opções para o consumidor; e nova ênfase na ativação da população em idade laboral ativa⁵⁰⁹. Tais influxos de ideias teriam gradualmente se entrelaçado ao tradicional ideal de solidariedade, para impulsionar a busca por novos arranjos entre público e privado, atribuição de mais voz aos consumidores, oferta de opções às políticas sociais e mais protagonismo na relação dos cidadãos com a burocracia⁵¹⁰. A transformação no campo das ideias, contudo, não correspondeu a uma alteração da estrutura institucional, no sentido de adoção de arranjos mais seletivos e segmentados. Em suma, Albers destaca que a avaliação da influência americana deve ser observada na implementação do programa para cada política pública e que, em geral, observa-se que a persistente estrutura institucional europeia foi combinada com um novo espírito, uma nova cultura.⁵¹¹

Um bom exemplo do acima exposto pode ser encontrado exatamente na política de saúde britânica. O Reino Unido já foi apontado como possível porta de entrada para a influência americana sobre a política social europeia, especialmente pelo contexto compartilhado de uma cultura política mais liberal⁵¹². Assim, desde a década de 1990, se avalia a hipótese de um possível processo de americanização do sistema de saúde britânico, supostamente iniciado nas reformas promovidas por Margaret Thatcher nos anos anteriores^{513,514}. Não há sinal, contudo, de desnaturação do modelo de saúde inglês. Os estudos de Maria Lúcia Werneck

⁵⁰⁸ ALBER, J.. op. cit., p. 118.

⁵⁰⁹ Ibidem.

⁵¹⁰ Ibidem, p. 119.

⁵¹¹ Ibidem, p. 112.

⁵¹² HOLMWOOD, J.. Europe and the ‘Americanization’ of British Social Policy. **European Societies**, v. 2, n.4, pp. 453-482, 2000, p. 454.

⁵¹³ MECHANIC, D. The Americanization of the British National Health Service. **Health affairs**, Chevy Chase, v. 14, n. 2, pp. 51-67, 1995, p. 52.

⁵¹⁴ Sobre tal questão, também conferir: HOLMWOOD, J.. op. cit.

Vianna dão substrato a essa percepção, pois ela destaca que, embora a Inglaterra tenha sido o país europeu que mais “americanizou” sua proteção social, ela possui, ao contrário dos EUA, “fontes de apoio ao Welfare State integradas à estrutura da sociedade”^{515,516}. Tais estruturas constituiriam, na leitura da referida autora, um fator de resiliência do desenho institucional britânico.

De fato, o sistema britânico de saúde segue muito admirado em seu país e visto como um verdadeiro símbolo nacional⁵¹⁷. Além disso, também permanece como principal referência de sistema de provimento público e acesso universal em um país capitalista⁵¹⁸. O *National Health Service* (NHS), como é denominado o sistema, foi estruturado sob os princípios de integralidade, acesso universal e igualitário⁵¹⁹, que, inclusive, inspiraram o estabelecimento das diretrizes do SUS⁵²⁰. Os princípios adotados se fizeram concretizar no arranjo institucional do NHS, que foi estruturado ao longo de seis décadas e aperfeiçoado por uma série de medidas implementadas pelo Partido Trabalhista britânico a partir de 1997. Tais medidas conduziram a uma reforma com os principais objetivos de reduzir desigualdades de atendimento por intermédio da definição de padrões nacionais de atenção à saúde. Para tanto, foram criados instrumentos para padronização e melhoria do atendimento e gestão, bem como para racionalização de prescrições médicas.⁵²¹

⁵¹⁵ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 75.

⁵¹⁶ Vale destacar, contudo, que vários desafios e problemas surgiram da interface entre público e privado na saúde, tanto no Reino Unido quanto em outros países europeus. Silvia Gerschman aponta alguns deles: não foram alcançados os benefícios esperado com a competição introduzida pelo mercado privado; os valores pagos às seguradoras privadas aumentaram frequentemente mais do que a inflação do setor de saúde; a separação entre atividade econômica e seguridade social pode inviabilizar os direitos estatutários; entre outros. (GERSCHMAN, S.. Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde: União Européia e Brasil. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1441-1451, out. 2008., p. 1443).

⁵¹⁷ BRITNELL, M. **In Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015, pp. 3 e 121-128.

⁵¹⁸ PAIM, J. S. **Reforma Sanitária Brasileira: contribuição para a compreensão e crítica**. Salvador: Edufba, 2013, p. 26.

⁵¹⁹ Original em inglês: “1) *that it meet the needs of everyone*; 2) *that it be free at the point of delivery*; 3) *that it be based on clinical need, not ability to pay*”. Disponível em:

<http://www.nhs.uk/NHSEngland/thenhs/about/Pages/nhscoreprinciples.aspx>, acesso em 22/04/2017

⁵²⁰ DELGADO, I. G.. Saúde e indústria farmacêutica: apontamentos para uma análise comparativa entre Brasil, Argentina e Grã-Bretanha. In: Cohn, A. (Org.). **Saúde, cidadania e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado, 2013, p. 43.

⁵²¹ Ibidem, p. 45.

O Reino Unido alcançou um sistema estável e organizado em vários aspectos. O financiamento tem ampla participação de fontes públicas, especialmente do tesouro estatal, que tem se mantido estável em torno de 80% nas últimas duas décadas⁵²², e a oferta de serviços de saúde tem ampla predominância pública, tanto no nível primário de atenção quanto nos níveis secundário e terciário, embora nas últimas duas décadas a utilização da rede hospitalar privada para atendimento do NHS tenha sido ampliada, seguindo a tendência acima destacada.

Mesmo com a ampliação da rede hospitalar privada, os seguros privados voluntários alcançam apenas 12% da população do Reino Unido⁵²³. Número semelhante se encontra no percentual da população que contrata cobertura de planos privados de saúde: 10,6% em 2013⁵²⁴. Esse percentual, além de ser considerado baixo⁵²⁵, especialmente se comparado ao padrão brasileiro⁵²⁶, apresenta perspectiva declinante, se observada a série histórica desde 2005⁵²⁷. O conjunto desses fatores faz do sistema britânico um dos melhores – senão o melhor^{528,529} – sistema de saúde do mundo em indicadores de acesso aos serviços curativos.

⁵²² O dado mais recente é do ano de 2015, que registra investimento público que compõe 79% dos gastos em saúde no Reino Unido. O dado atual revela discreto viés de baixa, que teve início em 2009, quando foi aferida a marca de 83,3%. Esse pico de investimento foi paulatinamente reduzido até atingir o piso de 79%, em 2014, dado que se mostrou estável em 2015. Toda a série histórica está disponível em: <http://www.oecd.org/health/health-data.htm>

⁵²³ DELGADO, I. G., op. cit., pp. 44-45.

⁵²⁴ Ibidem, pp. 44-45.

Dado semelhante pode ser obtido em: THORLBY, R.; ARORA, S.. The English Health Care System, 2015. In: MOSSIALOS, E.; WENZL, M. (Orgs.). **2015 International Profiles of Health Care Systems**. The Commonwealth Fund. pp. 49-58, 2016, p. 49.

⁵²⁵ TUOHY, C. *et al.* How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**. Duke University Press, v. 29, n. 3, pp.359-396, 2004, p. 362.

⁵²⁶ GERSCHMAN, S.. Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde: União Européia e Brasil. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1441-1451, out. 2008, p. 1444.

⁵²⁷ OCDE (2015). Health at a Glance 2015: OECD Indicators. **OECD Publishing**, Paris, p. 121, tabela 7.3.

⁵²⁸ OCDE (2015). Health at a Glance 2015: OECD Indicators. **OECD Publishing**, Paris, p. 25, tabela 1.3.

⁵²⁹ DAVIS, K. *et al.* **2014 Update Mirror, Mirror on the Wall**: How the U.S. Health Care System Compares Internationally. The Commonwealth Fund, jun 2014, pp. 7-10.

O NHS alcançou amplo reconhecimento, contudo, sua trajetória de construção institucional não o torna invulnerável aos desafios típicos do seu *mix* público-privado (duplicação + suplementação), que estão especialmente presentes no desnível entre indivíduos com e sem seguro no acesso ao cuidado, nas opções de escolha e no padrão de uso dos serviços^{530,531}. Carolyn Tuohy *et al* afirmam existirem evidências de que a cobertura privada no Reino Unido pode atrair pacientes mais saudáveis e, assim, ofertar tratamentos relativamente menos complicados, o que conduziria ao aumento da complexidade dos atendimentos no serviço público⁵³². A mesma pesquisa aponta, ainda, que a presença privada produziu também grandes listas de espera no setor público, apesar das tentativas de obter exatamente o efeito contrário, qual seja, o uso da cobertura dos seguros privados para aliviar o tempo de espera no serviço público^{533,534}. Com o tempo, a questão foi equacionada por um rearranjo que incluiu incremento de financiamento, reestruturação da provisão e reformulação do reembolso⁵³⁵.

Essa “vulnerabilidade” acima destacada não traduz um aspecto necessariamente negativo. Pelo contrário, as barreiras de acesso à saúde no Reino Unido – tais como listas de espera, localização, superposição de coberturas – existem, mas “conseguem combinar um mínimo básico com a equalização de benefícios”⁵³⁶. O modelo institucional britânico segue sendo “o ideal” em termos de valores institucionais e acesso universal⁵³⁷, ainda que o seu destaque se dê mais

⁵³⁰ COLOMBO, F.; TAPAY, N.. Private Health Insurance in OECD Countries: the Benefits and Costs for Individuals and Health Systems. **OECD Health Working Paper**, OECD Publishing, Paris, n. 15, 2004, pp. 16 e 52.

⁵³¹ No que tange ao padrão de uso, Silvia Gerschman destaca que já foi estabelecida relação entre o status socioeconômico e a utilização dos serviços de saúde. Observou-se pequena iniquidade na utilização dos médicos generalistas e uma importante iniquidade, em favor dos setores de maior renda, na utilização de profissionais especialistas (GERSCHMAN, S.. op. cit., p. 1444).

⁵³² TUOHY, C. *et al.*, op. cit., p. 376.

⁵³³ *Ibidem*, p. 362.

⁵³⁴ No mesmo sentido, conferir: GERSCHMAN, S., op. cit., loc. cit.

⁵³⁵ *Ibidem*

⁵³⁶ *Ibidem*, *Ibidem*, p. 1450.

Vale ressaltar que a referida pesquisadora também se refere a outros modelos de saúde do continente europeu, não apenas ao modelo britânico.

⁵³⁷ BRITNELL, M. **In Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015, pp. 2-3.

pelas qualidades de seu sistema de saúde do que pelos indicadores de saúde de sua população^{538,539}.

Uma das características à qual se pode creditar o sucesso do modelo britânico está exatamente em sua capacidade de transformação ao longo do tempo, ou seja, de promover um processo de constante ajuste de sua estrutura à luz da experiência⁵⁴⁰. Nesse sentido, Rudolf Klein destacou que o NHS é uma instituição que constantemente reinventa a si mesma e busca a introdução de novos modelos de organização e financiamento da saúde⁵⁴¹. A observação de Klein, realizada duas décadas atrás, ainda é válida. Um exemplo disso é a série de projetos pilotos de vanguarda lançados pelo NHS que têm como objetivo testar “novos modelos” em diferentes locais do território para enfrentar desafios: na atenção primária, nos cuidados de longo prazo em domicílio, na integração entre hospitais e bases comunitárias e na formação de redes para melhorar o atendimento de emergência.⁵⁴²

Os dados e exemplos acima destacados, ainda que resumidos e superficiais, permitem afirmar que a abertura para experimentação e reconstrução institucional pode ter desempenhado papel determinante para o sistema de saúde britânico ter logrado lidar com a marcante influência estadunidense sem se deixar “americanizar”. Com isso, pretendemos afirmar que o NHS não foi desnaturado em seus princípios estruturantes ao ponto de sofrer com um descompasso tão profundo entre modelo e práticas institucionais, tal qual ocorreu – e continua ocorrendo – no Brasil.

⁵³⁸ DAVIS, K. *et. al.*. **2014 Update Mirror, Mirror on the Wall: How the U.S. Health Care System Compares Internationally**. The Commonwealth Fund, jun. 2014, p. 9.

⁵³⁹ Vale recordar, conforme registrado em momento anterior, que a saúde da população de determinado país ou região é afetada por diversos fatores determinantes, alguns deles mais importantes que o próprio sistema de saúde.

⁵⁴⁰ KLEIN, R.. Learning from Others: Shall the Last Be the First. **Journal of Health Politics, Policy and Law**, v. 22, n. 5, pp.1267-1278, 1997, p. 1.276.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 1.276.

⁵⁴² THORLBY, R.; ARORA, S.. The English Health Care System, 2015. In: MOSSIALOS, E.; WENZL, M. (Org.). **2015 International Profiles of Health Care Systems**. The Commonwealth Fund. pp. 49-58, 2016, p. 56.

2.2. A tese da americanização da saúde brasileira: entender as semelhanças com o modelo norte-americano pode contribuir para a construção de alternativas para o Brasil?

O caso brasileiro, diferentemente de seu paradigma britânico, tem se caracterizado exatamente pela dificuldade em construir e imaginar arranjos institucionais que permitam conduzir a relação entre público e privado a bons resultados para o acesso à saúde da população em geral e, mais especificamente, das classes populares. A atuação estatal, de um lado, tem favorecido a contínua expansão do mercado de seguros e a diminuição do seu rol de cobertura e, de outro, a precarização do setor público: perda da extensão universal da atenção à saúde, dificuldades de acesso, falta de avaliação e controle dos serviços, carência de financiamento, utilização privada de recursos públicos, entre outros.⁵⁴³

O principal aprendizado da resumida exposição levada a efeito no tópico anterior é reconhecer a importância de se imaginar, para o Brasil, novos arranjos institucionais que permitam aliar o que de melhor os setores público e privado têm a oferecer à população. Em outras palavras, a reprodução das formas ou dos princípios institucionais britânicos pouco serve aos fins de melhoria do acesso à saúde no Brasil; mais relevante é compreender que boa parte do “sucesso” alcançado pelo NHS está em sua capacidade de aprender com outras experiências, inovar e, assim, avançar sua prática institucional.

A imaginação de alternativas para a saúde no Brasil pode passar, portanto, por adotar novo olhar sobre o processo de influência que recebemos do formato mais liberal adotado nos Estados Unidos, para, assim, fomentar o aprendizado constante com as vantagens e desvantagens comparativas de seus arranjos institucionais, sem incorrer na contumaz importação de modelos institucionais⁵⁴⁴ ou

⁵⁴³ GERSCHMAN, S.. Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde: União Européia e Brasil. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1441-1451, out. 2008., p. 1450.

⁵⁴⁴ UNGER, R. M. **Desenvolvimento sustentável é abstração**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012, p. 48. (Coleção Encontros, TEIXEIRA, C. S. G. (Org)).

em eventual rejeição peremptória⁵⁴⁵. Por certo, o olhar comparativo deve ir além dos vizinhos ao norte. Qualquer país, rico ou pobre, que progredir seu repertório institucional – no sentido de ancorar progresso prático e ampliação de oportunidades – deve receber atenção para sua experiência⁵⁴⁶, no entanto, especificamente para o escopo da presente pesquisa, o foco na experiência norte-americana é essencial, por várias razões.

A primeira dessas razões é fundamental: são países muito semelhantes. Segundo Roberto Mangabeira Unger, “o Brasil é o país mais parecido com os Estados Unidos no mundo”⁵⁴⁷. Vários aspectos em comum dão suporte a essa afirmação: território continental, povoamento europeu, herança escravocrata, composição racial plural⁵⁴⁸, população religiosa e cristã⁵⁴⁹, modelo político-institucional, processo político fortemente influenciado por grupos de interesse⁵⁵⁰ (*lobbies*) e acentuada desigualdade social entrincheirada em uma estrutura de classe bem definida^{551,552}, dentre outros. Os dois últimos pontos destacados – processo político e desigualdade – são especialmente importantes para a construção das políticas sociais.

Em que pese seu inegável desenvolvimento econômico, os EUA seguem ostentando níveis obscenos de desigualdade de riqueza aliados à tensão entre classes⁵⁵³. Tal situação, embora frequentemente relegada a segundo plano pela centralidade da questão racial, tem se agravado e cada vez mais caminha para a

⁵⁴⁵ Para um exemplo dessa postura, conferir: SANTOS, I. S.. The solution to SUS is not a Brazilcare. **RECCIS**, v. 10, n. 3, jul-set, 2016.

⁵⁴⁶ UNGER, R. M. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009, p. 9.

⁵⁴⁷ UNGER, R. M., 2012, op. cit, pp. 46-48.

⁵⁴⁸ Afirma-se a pluralidade em razão de ambos os países contarem com ampla variedade racial em sua composição social, embora o Brasil ostente maior grau de miscigenação (LIND, M. **The Next American Nation: the new nationalism and the fourth American Revolution**. Nova Iorque: Free Press, 1995, p. 228).

⁵⁴⁹ WEST, C.. **Democracy Matters**. Nova Iorque: Penguin Books, 2004, p. 147.

⁵⁵⁰ WITTENBERG, E.; WITTENBERG, E.. **How to Win in Washington**. Blackwell: Cambridge, 1994, 2ª ed., p.13 *et seq.*

⁵⁵¹ WEST, C.; UNGER, R. M.. **O Futuro do Progressismo Americano: uma iniciativa de reforma política e econômica**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 23.

⁵⁵² No mesmo sentido, conferir: UNGER, R. M.. **Democracy Realized: the progressive alternative**. Londres/Nova Iorque: Verso, 1998, p. 144.

⁵⁵³ WEST, C., op. cit., p. 4.

reprodução da forte segmentação social existente no Brasil. Michael Lind nomeia esse processo de “Brazilianização” dos Estados Unidos, que ele assim detalha:

O risco real não é a Balkanização mas a Brazilianização da América, não a fragmentação entre linhas raciais mas a fissão entre linhas de classes. A Brazilianização é simbolizada pela crescente retirada da elite branca americana para suas próprias barricadas em uma nação-dentro-de-uma-nação, um mundo de condomínios privados, escolas privadas, polícia privada, saúde privada, e até ruas privadas, separados por muros da miséria que se espalha ao redor. Da mesma forma que a oligarquia da América Latina, os ricos e bem relacionados membros da elite podem prosperar em uma decadente América com níveis de desigualdade e crime do Terceiro Mundo. (tradução nossa)⁵⁵⁴

Tal situação descrita por Michael Lind coincide com a de outros estudiosos da realidade social norte-americana, tais quais Cornel West e Mangabeira Unger. Para estes, a hierarquia social e a forte segmentação encontradas, por exemplo, na educação e na saúde, superpõem, no solo dos EUA, o melhor e o pior no mundo das democracias industriais. No país mais rico do mundo, milhões são abandonados “à ignorância, incapacidade e ansiedade, quando não à doença e à morte”⁵⁵⁵. Assim como no Brasil, o desenho atual da sociedade tende a perpetuar uma subclasse de cidadãos composta, principalmente, por minorias raciais, mas não só por elas, cujos indivíduos seguem “pobres, deseducados e, a não ser pela vida religiosa, desesperados e desorganizados”.⁵⁵⁶

Para os fins de construção das políticas sociais, o grave problema da desigualdade de classes se soma ao formato do processo de decisão política, historicamente permeável à colonização do espaço e à apropriação dos recursos públicos por grupos de interesse privados. Em ambos os países, os *lobbies* dos grupos de interesse se sobressaem em sua constante intermediação de reivindicações tópicas e ocupam o espaço que deveria ser de grandes organizações representativas dos diferentes interesses sociais. A competição em torno de *issues* pontuais predomina sobre negociações de amplo escopo social⁵⁵⁷. A vida política

⁵⁵⁴ LIND, M., op. cit., p. 14.

⁵⁵⁵ WEST, C.; UNGER, R. M., op. cit, pp. 44-45.

⁵⁵⁶ Ibidem, p. 45.

⁵⁵⁷ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 14.

nacional apresenta-se aos seus cidadãos de forma frustrante, pois não permite antever muito além da “política inconclusiva de barganha entre interesses organizados acerca de acordos sem importância”⁵⁵⁸ - Claro, sem importância para a maioria desorganizada dos cidadãos. De outro lado, mesmo as elites engajadas enfrentam a sensação de incapacidade face aos problemas básicos do país: os serviços inadequados de saúde e de educação, o *apartheid* social e racial da pobreza das áreas decadentes das cidades, a desigualdade crescente de riqueza e renda, a indiferença política, entre outros.⁵⁵⁹

A percepção das várias semelhanças entre Brasil e EUA⁵⁶⁰, especialmente no campo político e social, pode contribuir para a compreensão dos desafios que os dois países compartilham no campo da saúde. As dificuldades são variadas e vão desde o financiamento da saúde e a remuneração dos serviços dos profissionais^{561,562} até as formas de garantir o efetivo cuidado às necessidades dos pacientes^{563,564}. O maior desafio dos norte-americanos, contudo, é o mesmo dos brasileiros: transformar suas instituições para lidar com as injustiças no acesso à saúde⁵⁶⁵. Nesse sentido, a série de estudos comparativos *Mirror, Mirror on the*

⁵⁵⁸ WEST, C.; UNGER, R. M., op. cit, p. 11.

⁵⁵⁹ Ibidem, p. 10.

⁵⁶⁰ Doravante, sublinhamos as diversas similitudes entre os dois países, mas não ignoramos que existam outras tantas diferenças. Os EUA é o país no mundo que mais investe e obtém resultados na pesquisa científica e desenvolvimento nas áreas de medicamentos, diagnósticos e terapias. Nesse sentido, conferir: BRITNELL, M. **In Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015, p. 7.

Também conferir: MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths**. Nova Iorque: PublicAffairs, 2015, p. 74-77.

⁵⁶¹ MILKEN INSTITUTE FASTER CURES CENTER. **A Closer Look at Alternative Payment Models**. Washington, 2014, 8p. Disponível em:

<<http://www.fastercures.org/assets/Uploads/PDF/VC-Brief-AlternativePaymentModels.pdf>>

Acesso em: 24 jun. 2017.

⁵⁶² ROBERT WOOD JOHNSON FOUNDATION. **Health Policy Brief: Medicare's new physician payment system**. Nova Jersey, 2016, 7p. Disponível em:

<http://healthaffairs.org/healthpolicybriefs/brief_pdfs/healthpolicybrief_156.pdf>

Acesso em: 24 jun. 2017.

⁵⁶³ CHERNEW, M. *et al.* Value-Based Insurance Design. **Health Affairs**, v. 26, n. 2, pp. 195-203, 2007.

⁵⁶⁴ TU, T *et. al.* **The Impact of Accountable Care: origins and future of Accountable Care Organizations**. Salt Lake City, Leavitt Partners, 11p, 2015.

⁵⁶⁵ Por exemplo, Jens Alber afirma que o significativo número de norte-americanos sem cobertura de assistência à saúde é o ponto mais fraco do sistema daquele país. (ALBER, J.. What the European and American welfare states have in common and where they differ - Facts and fiction in

Wall, realizada periodicamente pelo *The Commonwealth Fund*, aponta que os EUA apresentam a pior performance nos parâmetros de “acesso” e “equidade” em comparação com os sistemas de saúde de 11 nações consideradas desenvolvidas⁵⁶⁶. Esse traço de injustiça expõe à exclusão, completa ou parcial, significativa parcela da população e resulta – como em qualquer outra nação – de processos que combinam aspectos históricos e escolhas políticas⁵⁶⁷. Chama atenção, contudo, a dificuldade que os norte-americanos enfrentam para realizar mudanças institucionais significativas, o que tende a perpetuar as iniquidades entrincheiradas na estrutura social.

Pretendemos ilustrar, no tópico que segue, tal situação no campo da saúde. Tais processos, contudo, são complexos e há necessidade de a pesquisa reduzir o número de causas que se leva em conta, de forma a evitar se perder na teia ininterrupta dos acontecimentos históricos.⁵⁶⁸

Damos enfoque, portanto, aos aspectos que ofereçam oportunidade de reflexão sobre as distorções centrais do modelo de saúde brasileiro: financiamento, processos decisórios e injustiça no acesso aos serviços de saúde. Assim, como próximo passo, nos dedicamos à descrição resumida da formação e do funcionamento do sistema de saúde norte-americano, para, em seguida, destacar os principais pontos que, atualmente, aproximam cada vez mais a estrutura e os resultados de ambos os sistemas para seus usuários.

comparisons of the European Social Model and the United States. **Journal of European Social Policy**, v. 20, n. 2, 2010, p. 109.

⁵⁶⁶ DAVIS, K. *et al.* **2014 Update Mirror, Mirror on the Wall: How the U.S. Health Care System Compares Internationally**. The Commonwealth Fund, jun. 2014, p. 7-9.

⁵⁶⁷ COLOMBO, F.; TAPAY, N.. **Private Health Insurance in OECD Countries: the Benefits and Costs for Individuals and Health Systems**. OECD Health Working Paper, OECD Publishing, Paris, n. 15., 2004, p. 16.

⁵⁶⁸ UNGER, R. M.. **O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 22.

3. O sistema de Saúde dos Estados Unidos da América

3.1. Formação e organização do sistema de saúde norte-americano

Os Estados Unidos, durante vários momentos do século XX, revisitaram em sua pauta política o debate sobre o papel do Estado no financiamento e na oferta de serviços de saúde. A tendência se manteve nesse início do século XXI, tanto que se tornou aspecto central das disputas presidenciais norte-americanas de 2008, que antecederam a última grande reforma do sistema de saúde, realizada em 2010 pelo *Affordable Care Act* (ACA), mais conhecido como *Obamacare*. Naquele momento, Thomas Miller apontou que a reforma só havia sido possível em razão de um breve “cessar fogo” em uma “guerra de 100 anos” entre as principais forças políticas norte-americanas. Na oportunidade, Miller ainda acrescentou que, em breve, o enfrentamento seria retomado, seja no processo de implementação da nova política de saúde, seja na substituição do modelo⁵⁶⁹. De fato, o embate foi retomado em ambas as frentes⁵⁷⁰. Nos anos seguintes, a implementação do ACA foi amplamente criticada e combatida pelo partido republicano e, ademais, nas eleições de 2016, propostas de alteração das políticas públicas de saúde foram reconduzidas ao centro do debate e, com a vitória republicana no Executivo e no Legislativo federais, o processo de substituição do modelo tomou ares de missão pessoal do Presidente Donald Trump.

A conflituosa situação atual nos EUA é mais um capítulo do longo processo de seguidas iniciativas reformistas, a maior parte delas frustradas. O marco inicial desse movimento se dá em 1915 com a campanha presidencial de Theodore Roosevelt, quando, pela primeira vez, defendeu-se um seguro de saúde de âmbito nacional⁵⁷¹. Em seguida, durante a década de 1920, ganhou corpo o debate

⁵⁶⁹ MILLER, T. P., Health Reform: Only a Cease-Fire in a Political Hundred Years' War. **Health Affairs**, v. 29, n. 6, pp. 1101-5, 2010, p. 1101.

⁵⁷⁰ BLUMBERG, Linda J. *et al.* **Implications of partial repeal of the ACA through reconciliation**. Washington, DC: Urban Institute, 2016, p. 1.

⁵⁷¹ MILLER, T. P., *op. cit.*, loc. cit.

reformista sobre a adoção da medicina de grupo e de seguros voluntários⁵⁷², mas é apenas no governo do Presidente Franklin Roosevelt, no contexto do *New Deal*, que o Executivo Federal toma a iniciativa de apresentar plano para instituir um Seguro de Saúde Nacional (*National Health Insurance*), de adesão pretensamente obrigatória e subsidiada parcialmente pelo Estado. A iniciativa pioneira, contudo, restou frustrada e o modelo de saúde pretendido não fez parte do conjunto de políticas de proteção social inseridas no *Social Security Act* de 1935. Dentre as razões do fracasso estão o foco secundário dado à questão de saúde – pois a prioridade política estava voltada à criação de empregos e à proteção ao desempregado – e o forte *lobby* contrário da Associação Médica Americana (AMA).⁵⁷³

Nas eleições seguintes, Harry Truman retomou o debate acerca da instituição de um Seguro Nacional de Saúde e fez da questão ponto central de sua campanha eleitoral, vitoriosa em 1948. Naquele momento, o mercado de seguros de saúde baseados nas relações de emprego (*employer-based coverage*) estava em franco crescimento, especialmente após a Receita Federal dos EUA estabelecer que os planos de saúde fornecidos pelos empregadores estavam excluídos do conceito de renda e, logo, isentos do pagamento do respectivo imposto⁵⁷⁴. Além disso, a AMA havia ampliado sua estrutura e influência política. Ainda assim, eleito presidente, Truman inseriu o seguro nacional e outras propostas de avanço da proteção à saúde em seu plano para expansão da proteção social: o *Fair Deal*. O plano, contudo, não avançou no Congresso, onde Truman enfrentava forte resistência de *lobbies* e tinha dificuldades de manobrar a formação de maioria em prol da reforma na saúde⁵⁷⁵.

⁵⁷² KAISER FAMILY FOUNDATION. **National Health Insurance**: A Brief History of Reform Efforts in the U.S. Menlo Park, 2009, p. 1. Disponível em:

<<https://kaiserfamilyfoundation.files.wordpress.com/2013/01/7871.pdf>>

Acesso em: 26 jul. 2017.

⁵⁷³ Ibidem, p. 2.

⁵⁷⁴ HALL, M.. Employment-Based Health Coverage. The Oxford Handbook of U.S. Health Law. **Oxford Handbooks Online**, 2015, p. 3. Disponível em: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199366521.001.0001/oxfordhb-9780199366521-e-33>

Acesso em: 30, jun. 2017

⁵⁷⁵ MORONE, J. A.. Presidents and Health Reform: From Franklin D. Roosevelt to Barack Obama. **Health Affairs**, v.29, n. 6, pp. 1096-1100, 2010, p. 1097.

Nesse cenário, novamente desempenhou papel decisivo a AMA, que, dessa vez, adotou a bem-sucedida estratégia de ideologizar o debate ao associar a adoção dos princípios da medicina social à ideia de “socialização da medicina”, atraindo, assim, o sentimento anticomunista para a oposição à reforma⁵⁷⁶. O novo fracasso do intento reformista expunha a dificuldade recorrente dos presidentes eleitos em aprovar no Parlamento o projeto político vencedor nas eleições⁵⁷⁷. A vontade da maioria, assim, encontrava sérias dificuldades para superar os *lobbies* atuantes no Congresso.⁵⁷⁸

O primeiro presidente a efetivamente realizar reforma do sistema de saúde foi Lyndon Johnson, e as condições para tanto foram únicas. A mais especial delas: a capacidade de Lyndon Johnson de reconhecer e mobilizar os interesses coincidentes entre as parcelas empobrecidas da população branca e a vasta maioria dos cidadãos negros⁵⁷⁹. A exclusão relativa aos serviços de saúde era um desses interesses compartilhados. O número de excluídos aumentava à medida que aos cidadãos pobres se juntavam aqueles que, gradativamente, perdiam a capacidade de arcar com os prêmios dos seguros de saúde, que apresentavam custo crescente para os segurados que mais usufruíam dos serviços, como os doentes crônicos e os aposentados. Além desse contexto, foi decisivo o uso estratégico e rápido do capital político que Johnson havia reunido em sua eleição, em 1964, para reunir suporte, como o dos sindicatos, e superar *lobbies* contrários, como o da associação médica. Assim, ele fez valer sua maioria no Congresso e, em 1965, instituiu os programas *Medicare* e *Medicaid*, que foram, ambos os programas, incluídos no texto do *Social Security Act*. Essa reforma é considerada o maior avanço da política pública de saúde norte-americana no século XX⁵⁸⁰ e, na atualidade, ainda constitui a base da proteção à saúde.

⁵⁷⁶ KAISER FAMILY FOUNDATION, op. cit., p. 3.

⁵⁷⁷ MORONE, J. A. op. cit., p. 1097.

⁵⁷⁸ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 106

⁵⁷⁹ WEST, C.. **Democracy Matters**. Nova Iorque: Penguin Books, 2004, p.33.

⁵⁸⁰ KAISER FAMILY FOUNDATION, op. cit., p. 4-5.

A reforma liderada por Lyndon Johnson, embora represente marco histórico, não logrou implementar cobertura universal. O acesso por seguros privados permaneceu como base do “sistema” e a política pública sofreu segmentação que não viria a ser revertida, uma vez que “os programas em prol da classe média, como o de Seguro Social e o *Medicare*, separaram-se nitidamente dos programas de assistência à pobreza”⁵⁸¹, como é o caso do *Medicaid*. A própria estrutura institucional desenhada para cada um dos programas foi fundamental para definir a diferença de tratamento: enquanto o *Medicare* foi constituído como um programa federal, portanto, uniforme em todo o país, o *Medicaid* depende, em grande parte, da política adotada por cada estado norte-americano.

As administrações que se seguiram retomaram, eventualmente, os esforços orientados para a ampliação da cobertura, seja pela expansão dos critérios de elegibilidade, conforme planejado pelo presidente Richard Nixon e pelo presidente Jimmy Carter, seja pela concessão de créditos tributários e formação de seguros coletivos, conforme proposto pelo Presidente George H. W. Bush. Nenhuma das tentativas, contudo, avançou rumo à universalização da cobertura. A falta de apoio no Congresso, a oposição de *lobbies* e, sobretudo, os períodos de recessão econômica foram os obstáculos mais constantes.⁵⁸²

O fracasso mais recente e significativo se deu na administração do presidente Bill Clinton. Embora tenha obtido uma vitória eleitoral pouco significativa, Clinton contava com um contexto de apoio público favorável à reforma do sistema de saúde: ansiedade da classe média com os custos crescentes da saúde, aumento do valor dos prêmios dos seguros e sentimento de insegurança quanto à possibilidade de perda de cobertura. Ele não logrou, contudo, combinar o atendimento dos interesses da classe média na reforma à adoção de políticas de expansão do atendimento aos americanos mais pobres, especialmente em razão da complexidade do plano enviado por Clinton ao Congresso⁵⁸³, o denominado *The Health Security Act*. A

⁵⁸¹ WEST, C.; UNGER, R. M.. **O Futuro do Progressismo Americano**: uma iniciativa de reforma política e econômica. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 64.

⁵⁸² KAISER FAMILY FOUNDATION, op. cit., pp. 5-7.

⁵⁸³ BLENDON, Robert J.; BRODIE, Mollyann; BENSON, John. What happened to Americans' support for the Clinton health plan? **Health Affairs**, v. 14, n. 2, pp. 7-23, 1995, pp. 19-21.

erosão do apoio na opinião pública, notadamente nas camadas médias da população, se ampliou à medida que Clinton postergava a definição dos contornos de sua reforma. Assim, restou comprometida a tramitação do projeto no Congresso, até que ele foi finalmente abandonado pelos próprios parlamentares democratas, em 1994⁵⁸⁴. Algum avanço incremental, no entanto, foi obtido em 1997 com a instituição de um programa para ampliar a cobertura ao menos para crianças de baixa renda, por intermédio do *Children's Health Insurance Program* (CHIP).

Avanços incrementais, em verdade, foram as únicas alterações obtidas desde a criação dos programas *Medicaid* e *Medicare* até a reforma aprovada pelo presidente Barack Obama em março de 2010, que representou, de fato, o passo mais firme no sentido da universalização da assistência à saúde nos EUA. Várias foram as razões para as seguidas falhas nas tentativas de estabelecer um Seguro Nacional de Saúde: erros de estratégia política, especialmente dos presidentes e líderes congressistas proponentes; a força e a influência de grupos de interesses contrários⁵⁸⁵, notadamente das companhias privadas de seguros de saúde e das corporações de profissionais de saúde⁵⁸⁶; debate político ideologizado, sobretudo pela identificação da atuação do Estado na saúde como uma política socialista⁵⁸⁷; e a cultura norte-americana reticente “em reconhecer a obrigação pública da solidariedade social”⁵⁸⁸, especialmente quanto à prestação de serviços de saúde pelo Estado.

Estes e outros fatores conduziram ao estabelecimento, nos EUA, de um modelo jurídico-institucional no qual a saúde não é vista como direito social e público, mas como uma questão de natureza predominantemente individual⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ HANSEN, O. *et al.* Lawmakers' Views on the Failure of Health Reform: A Survey of Members of Congress and Staff. **Journal of Health Policy, Politics and Law**, v.21, n. 1, pp. 137-151, 1996, pp. 149-150.

⁵⁸⁵ Nesse sentido, conferir: OBAMA, B. United States Health Care Reform: Progress to Date and Next Steps. **JAMA**, v. 316, n. 5, pp. 525-532, 2016, p. 530.

⁵⁸⁶ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 77.

⁵⁸⁷ GARAMOND PRESS. **Obamacare for Beginners**. Berkeley, 2013, p. 3.

⁵⁸⁸ WEST, C.; UNGER, R. M.. **O Futuro do Progressismo Americano: uma iniciativa de reforma política e econômica**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 27.

⁵⁸⁹ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., loc. cit.

No que tange ao modelo de oferta de serviços, o sistema se organizou na base de seguros de saúde, de financiamento privado ou público, que pagam pelo acesso aos serviços de saúde ofertados pelo mercado. O pagamento direto pelos serviços existe, mas é secundário e, regra geral, está relacionado aos copagamentos (*cost-sharing*) ou franquias (*deductibles*) de algum seguro contratado. A oferta do serviço é privada, o que implica que o sistema de saúde americano seja formado, em sua ampla maioria, por prestadores e empresas privadas. O papel do Estado, no âmbito federal e estadual, permanece marcante apenas na regulação e no financiamento, embora exista provisão direta de serviços pelo Estado para populações determinadas, especialmente para os veteranos militares por intermédio do *Veterans Health Administration* (VA). O atendimento caritativo também se faz presente e pode representar a única alternativa para indivíduos que não obtiveram acesso por uma das quatro formas acima mencionadas, contudo, a caridade pública permanece como via subsidiária e sem condições de superar a exclusão⁵⁹⁰. Em suma, os cidadãos e residentes nos EUA têm duas formas de acesso preponderantes – seguros privados e seguros públicos – e três formas secundárias – a provisão pública de serviços, o gasto privado direto e as instituições de caridade pública.

Os seguros de saúde privados representam a principal forma de acesso aos serviços de saúde e atendem a pouco mais da metade da população (53%)⁵⁹¹. A modalidade de financiamento ou de oferta dos seguros de saúde pelo empregador é a forma mais proeminente, atendendo a aproximadamente 48% dos norte-americanos⁵⁹². Há, contudo, espaço no mercado para planos individuais, que se destinam especialmente a profissionais autônomos, trabalhadores de pequenas

⁵⁹⁰ JOST, T.. Access to Health Insurance and Health Benefits. **The Oxford Handbook of U.S. Health Law**. Oxford Handbooks Online, 2015, pp. 1-8. Disponível em: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199366521.001.0001/oxfordhb-9780199366521-e-8>

Acesso em: 07 mar. 2017

⁵⁹¹ NASCIMENTO, I. J.. **Healthcare Systems in Brazil and the United States: a Comparative Analysis**. 2013. Dissertação - Department of Political Science and International Affairs, Georgia, Kennesaw State University, 2001, p. 31.

⁵⁹² BODENHEIMER, T.; GRUMBACH, K.. **Understanding health policy: A clinical approach**. San Francisco, CA: McGraw Hill, 2012, p.18.

empresas e aposentados. Essa modalidade alcança 5% da população, mas com expectativas de acelerada expansão, em razão das regras do ACA⁵⁹³. O amplo alcance do modelo de seguros baseados nas relações de emprego é uma construção histórica no âmbito do sistema de saúde norte-americano⁵⁹⁴ e representou, na ausência de uma política de universalização da cobertura, o mais próximo de uma estratégia de ofertar acesso à saúde à população dos EUA, ainda que exclua amplos segmentos dela⁵⁹⁵.

O referido modelo, por diversas razões, logrou aceitação melhor pelos norte-americanos e, embora tenha apresentado leve tendência declinante no número de segurados nas últimas duas décadas⁵⁹⁶, deve manter-se como modelo predominante na década futura⁵⁹⁷. A manutenção de tal contexto perpetuará também o seu caráter segmentado, pois a eficiência, a qualidade e a amplitude da cobertura de serviços dependem diretamente dos benefícios oferecidos de empregador para empregador. Além disso, muitos deles podem adotar como objetivo a oferta de planos de baixa cobertura, os “*skinny plans*”, que mal atendem às coberturas mínimas previstas na legislação.

Conforme destaca Mark Hall, atualmente muitos consultores de planos de saúde orientam os empregadores a apresentarem a seus trabalhadores “*skinny plans*” gratuitos ou muito baratos ao lado de alternativas de planos com cobertura mais ampla, e também mais custosa. Naturalmente, trabalhadores de baixa renda tendem a escolher os planos de menor cobertura, que também custarão menos aos seus empregadores⁵⁹⁸. Outra possibilidade é a oferta pelas empresas, especialmente as de maior porte, de autosseguros, que, em razão de uma brecha jurídica criada pelo *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA), de 1974,

⁵⁹³ HALL, M.. Employment-Based Health Coverage. The Oxford Handbook of U.S. Health Law. **Oxford Handbooks Online**, 2015, p. 14. Disponível em: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199366521.001.0001/oxfordhb-9780199366521-e-33>

Acesso em: 30 jun. 2017

⁵⁹⁴ Ibidem, pp. 2-7.

⁵⁹⁵ JOST, T. op. cit., p. 14.

⁵⁹⁶ Ibidem, p. 14.

⁵⁹⁷ HALL, M. op. cit., pp. 16-17.

⁵⁹⁸ Ibidem, pp. 11 e 16.

escapam à regulação dos estados no que tange ao rol de cobertura⁵⁹⁹. Assim, apesar de amplo e dinâmico, o mercado privado norte-americano mantém-se extremamente segmentado e com tendência à precarização da cobertura ofertada a empregadores de baixa renda.

A segunda grande porta de acesso da população dos EUA à saúde são os seguros de saúde financiados pelo Governo estadunidense, que alcançam aproximadamente 30% dos norte-americanos⁶⁰⁰. Tais seguros têm, sob a ótica do direito brasileiro, caráter assistencial. Isso porque são baseados em critérios de vulnerabilidade, ou seja, apenas segmentos hipossuficientes ou vulneráveis da população têm acesso ao financiamento público de serviços de saúde. Assim, não há, portanto, garantia de acesso universal. Os requisitos são objetivos e bem estabelecidos, de forma que o restante da população permanece excluída de qualquer cobertura. Os seguros governamentais têm dois principais critérios de inclusão da população vulnerável: vulnerabilidade física (idosos e pessoas com deficiências) e vulnerabilidade econômica.

O *Medicare* é programa federal orientado à cobertura de serviços de saúde para idosos, considerados aqueles cidadãos com 65 anos ou mais, e para pessoas com deficiência (fisicamente incapacitados ou com deficiência congênita). Esse programa é financiado pelo Governo Federal para coberturas específicas de atendimento ambulatorial, internações e subsídio parcial de medicamentos. Vale registrar que, apesar do financiamento governamental advindo de impostos, o *Medicare* não é política pública de oferta de serviços públicos de saúde, mas sim um seguro que financia, total ou parcialmente, serviços de saúde prestados pelo mercado, bem como financia parcialmente gastos com medicamentos. Em verdade, trata-se de programa dividido em vários subprogramas que resultaram dos avanços incrementais de cobertura realizados ao longo do meio século de existência dessa política.

⁵⁹⁹ Ibidem, pp. 3-4 e 12-13.

⁶⁰⁰ MENDES, D. C. *et al.* A comparison between the Brazilian and the American Health Care System. **EFDEPORTES**, Revista Digital, n. 187. Buenos Aires, 2013, p. 32.

O *Medicare* foi originalmente composto por dois subprogramas. O primeiro deles é conhecido como “*Medicare Part A*” e destina-se à cobertura de gastos hospitalares e outros cuidados ofertados em unidades de saúde. Trata-se da cobertura principal ofertada pelo programa, tanto que é mantido com a arrecadação de tributos federais. A ele tem acesso a maior parte dos idosos vinculados ao *Social Security*⁶⁰¹. O segundo subprograma original, conhecido por “*Medicare Part B*”, é considerado suplementar ao primeiro e, assim, embora receba cofinanciamento público, depende da inscrição do segurado e do pagamento de um prêmio mensal. Oferece cobertura de consultas médicas e atendimento ambulatorial, ou seja, aqueles serviços que não são considerados hospitalares⁶⁰².

Os segurados que pagam o suplemento acima exposto podem, ainda, optar por integrar o programa “*Medicare Part C*”, também denominado “*Medicare Advantage*”, que oferece a alternativa de recebimento de todos os benefícios por intermédio de um plano de saúde mantido por uma companhia privada. As possibilidades de escolha desse subprograma incluem também a forma de acesso e pagamento dos serviços de saúde prestados⁶⁰³. A opção pela administração privada dos benefícios é crescente e, em 2017, já alcança 1/3 dos beneficiários do *Medicare*, o que corresponde a 19 milhões de pessoas⁶⁰⁴. Há, ainda, um quarto subprograma, o “*Medicare Part D*” ou “*Prescription Drug Benefit*”, voltado para oferta de medicamentos e produtos biológicos à parte dos já segurados pelo *Medicare*⁶⁰⁵. Os segurados elegíveis para esse programa podem pagar um prêmio adicional e integrar planos de prescrição de medicamentos, com possibilidade de escolha de uma cobertura padrão ou alternativa. Pessoas de baixa renda são elegíveis para subsídios dessa cobertura. Os segurados inscritos no “*Medicare Advantage*”

⁶⁰¹ WOLTERS KLUWER. **Medicare Explained**. Health Law Professional Series. Riverwoods, 2017, p. 15-17.

⁶⁰² Ibidem, p. 77 *et seq.*

⁶⁰³ Ibidem, p. 143 *et seq.*

⁶⁰⁴ JACOBSON, Gretchen; DAMICO, Anthony; NEUMAN, Tricia; GOLD, Marsha. **Medicare Advantage 2017 Spotlight: Enrollment Market Update**. Kaiser Family Foundation, jun 2017. Disponível em: <http://files.kff.org/attachment/Issue-Brief-Medicare-Advantage-2017-Spotlight-Enrollment-Market-Update>

Acesso em: 31 jul. 2017.

⁶⁰⁵ WOLTERS KLUWER, op. cit., p. 187.

podem, ainda, obter um plano de acesso a medicamentos qualificado⁶⁰⁶. A cobertura dos tratamentos medicamentosos possui, contudo, um limite. Para a maior parte dos planos, em 2017, esse limite é de 3.700 dólares e, quando o tratamento supera esse valor, o paciente enfrenta uma lacuna na cobertura, conhecida como “*donut hole*”, e deve arcar com uma elevada porcentagem da cobertura do tratamento, situação que impede muitos pacientes de manterem-se em tratamentos mais custosos.

Em que pesem as diversas limitações do programa *Medicare* – critérios de elegibilidade, pagamento de prêmios, elevada segmentação e lacunas na cobertura –, ele tem se mantido como um programa muito popular entre os norte-americanos das mais variadas tendências políticas, o que viabiliza a construção de acordos para sua expansão e aprimoramento.⁶⁰⁷

Outro importante programa governamental é o *Medicaid*, também criado em 1965. Esse programa é cofinanciado pelos governos federal e estaduais e está destinado à cobertura de serviços médicos exclusivamente para a população pobre. Assim, o principal critério para inclusão no referido programa é a renda, que deve estar abaixo da linha de pobreza definida pelo Governo americano, cujo padrão varia conforme o número de pessoas na família⁶⁰⁸. Além da renda, outros critérios podem ser elegidos por cada estado para definir o acesso aos benefícios do *Medicaid*: ter filhos, estar grávida, ser portador de cegueira, ser incapacitado para o trabalho, ser portador de determinadas doenças, entre outros.

Associado ao *Medicaid*, pois também baseado em critérios de renda, está o programa voltado à cobertura de serviços médicos para crianças. Trata-se do *Children's Health Insurance Program (CHIP)*, um programa criado em 1997 para prover seguros de saúde às crianças cujas famílias não podem adquirir planos de

⁶⁰⁶ Ibidem, p. 187-190.

⁶⁰⁷ BLENDON, R. J.; BENSON, J.; CASEY, L.. Health Care in the 2016 Election — A View through Voters' Polarized Lenses. **New England Journal of Medicine**, v. 375, e37, 2016, p. 8.

⁶⁰⁸ A linha de pobreza para uma pessoa sem filhos é a receita anual de \$11.880,00 (onze mil oitocentos e oitenta dólares). A tabela completa com a variação por número de membros da família está disponível em: <https://obamacare.net/2017-federal-poverty-level/>
Acesso em: 31 jul. 2017.

saúde e tampouco se qualificam para inclusão no *Medicaid*⁶⁰⁹. Especialmente após a ampliação ocorrida em 2009, o CHIP tornou-se uma espécie de ampliação do *Medicaid* destinada à saúde infantil.

A base mais ampla de elegibilidade para inscrição faz do *Medicaid* o programa governamental norte-americano com maior número de beneficiários: 72,5 milhões de pessoas⁶¹⁰. Os critérios de elegibilidade e os serviços ofertados podem, contudo, sofrer ampla variação, a depender do estado de residência dos beneficiários. Embora normas federais prescrevam critérios mínimos de elegibilidade e o órgão central do Executivo Federal,⁶¹¹ a cobertura essencial, há amplo espaço para atuação e regulação estadual no âmbito desse programa. As características do *Medicaid*, no que se refere a seu público alvo, relação federativa e relacionamento com os provedores privados, fazem dele o mais peculiar e complexo componente do financiamento dos serviços de saúde nos EUA.⁶¹²

Os programas governamentais expostos e o amplo mercado privado, apesar do acentuado investimento de recursos, ainda deixam à margem dos serviços de saúde expressiva parcela da população dos EUA. Em 2008, esse sistema deixava mais de um em cada sete norte-americanos sem cobertura de qualquer espécie⁶¹³, o que representava, naquele momento, aproximadamente 16% da população ou 50 milhões de pessoas que não dispunham de qualquer tipo de seguro. Tal situação impunha aos pacientes necessidade de pagar direto do bolso pelos serviços

⁶⁰⁹ GARAMOND PRESS. **Obamacare for Beginners**. Berkeley, 2013, p. 6.

⁶¹⁰ Informação disponível em: <https://www.medicaid.gov/medicaid/eligibility/index.html>

Acesso em: 31 jul. 2017.

⁶¹¹ Os programas *Medicaid* e *Medicare* estão sob a responsabilidade do CMS (*The Centers for Medicare & Medicaid Services*), que, por sua vez, estão inseridos na estrutura do Departamento de Saúde (*Department of Health and Human Services – HHS*), pasta dirigida atualmente pelo Secretário Thomas Price. Informações disponíveis em: <https://www.hhs.gov/>

Acesso em: 31 jul. 2017.

⁶¹² ROSENBAUM, S.. *Medicaid at Fifty*. The Oxford Handbook of U.S. Health Law. **Oxford Handbooks Online**, 2015, p. 1. Disponível em: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199366521.001.0001/oxfordhb-9780199366521-e-36>

Acesso em: 30 jun. 2017

⁶¹³ OBAMA, B. United States Health Care Reform: Progress to Date and Next Steps. **JAMA**, v. 316, n. 5, pp. 525-532, 2016, p. 526.

médicos, o que conduzia muitos à ruína financeira⁶¹⁴, a contar com a caridade pública ou, simplesmente, a não acessar a assistência de saúde. Lidar com essa exclusão, com o acentuado crescimento dos custos da saúde e com a seleção adversa de clientes realizada pelo mercado privado (contexto denominado de “espiral da morte”) foi o principal objetivo⁶¹⁵ da última ampla reforma do sistema de saúde norte-americano, levada a cabo, em 2010, pelo presidente Barack Obama.

3.2. A reforma promovida pelo Obamacare

A reforma do sistema de saúde foi a principal bandeira da eleição do presidente Barack Obama em 2008, bem como é defendida como seu principal legado⁶¹⁶. Ao aprovar o *Affordable Care Act* (ACA), em 2010, a administração do presidente Barack Obama escreveu importante capítulo no histórico embate por reformas no sistema de saúde. Desde Franklin Roosevelt (1935) os presidentes norte-americanos tentam, de alguma forma, aperfeiçoar a oferta de saúde e diminuir os seus custos para os pacientes e para o Estado. Antes de Obama, contudo, apenas Lyndon Johnson, em 1965, como acima apontado, logrou instituir ampla reforma. Assim, não é sem razão que os membros do partido Democrata considerem a referida reforma como marco histórico digno de figurar ao lado de outras grandes peças legislativas de proteção social da história recente dos EUA, como o *Social Security Act* (1935) e o *Civil Rights Act* (1964)⁶¹⁷. O sucesso da empreitada contou com vários elementos: atuação rápida e focada; habilidade na condução do processo legislativo; clareza dos princípios da reforma na exposição para o público; e persistência durante as ocasionais derrotas.⁶¹⁸

⁶¹⁴ NASCIMENTO, I. J.. **Healthcare Systems in Brazil and the United States: a Comparative Analysis**. 2013. Dissertação - Departament of Political Science and International Affairs, Georgia, Kennesaw State University, 2013, p. 2.

⁶¹⁵ OBAMA, B., op. cit., p. 526.

⁶¹⁶ Ibidem.

⁶¹⁷ MORONE, J. A.. Presidents and Health Reform: From Franklin D. Roosevelt to Barack Obama. **Health Affairs**, v. 29, n. 6, pp. 1096-1100, 2010, p. 1096.

⁶¹⁸ Ibidem, pp. 1906-1909.

O ACA adota uma versão mais ampla dos três elementos da bem-sucedida reforma implementada em 2006 no estado de Massachussets: regulação do mercado para evitar a seleção adversa dos segurados, em razão de sua condição de saúde prévia; imposição da obrigatoriedade de contratação de seguro de saúde por aqueles em condições de adquiri-lo; e oferta de subsídios para cidadãos de baixa e média renda adquirirem planos de saúde individuais⁶¹⁹. Além desses elementos centrais, o *Obamacare* orienta uma grande expansão do programa *Medicaid*, realiza ajustes no *Medicare*, estimula práticas de prevenção e estende a obrigatoriedade da contratação de seguros aos médios e grandes empregadores. Além da ampliação do acesso aos seguros de saúde, pretendeu-se também ajustar o sistema e, por consequência, inverter o processo de constante alta nos gastos com saúde. Destacamos, a seguir, alguns aspectos das principais medidas.⁶²⁰

O primeiro ponto estruturante da reforma é o chamado “*individual mandate*”. O ACA estabelece que todo norte-americano passa a ter a obrigação de contratar um seguro de saúde, ainda que muito simples e com poucas coberturas, sendo o mais simples deles apenas para situações “catastróficas” (*catastrophic plans*). Essa obrigação se iniciou no ano de 2014 e o seu descumprimento está sujeito a multa de até \$285 dólares por ano, com aumento gradual, que, em 2016, alcança o limite de \$2.085 dólares. A principal intenção com essa medida foi obter ampliação da base de financiamento ao trazer para o mercado diversos cidadãos que, pelo seu perfil pouco exposto a doenças e agravos de saúde, preferiam não aderir a seguros de saúde. A implementação deste ponto essencial da reforma foi objeto não só de embates na cena política, mas também na jurídica. Aliás, muitos dos principais pontos da reforma foram judicializados e, ao final, levados à decisão da Suprema

⁶¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *Certiorari* 567 U.S. (2015). David King v. Burwell. Chief Justice John Roberts. Syllabus, p. 1-2.

⁶²⁰ A peça legislativa aprovada pelo Congresso estadunidense, oficialmente denominada *Patient Protection and Affordable Care Act*, é uma imensa e detalhada norma, com mais de 900 páginas de conteúdo, dividido em 10 provisões específicas. Os aspectos doravante apresentados ilustram apenas os pontos principais da reforma e são baseados em dois relatórios que buscam sistematizar as principais informações para acesso do público interessado. São eles: GARAMOND PRESS. **Obamacare for Beginners**. Berkeley, 2013; e KAISER FAMILY FOUNDATION. **Summary of the Affordable Care Act**. Menlo Park, 2017. Disponível em:

<<http://files.kff.org/attachment/Summary-of-the-Affordable-Care-Act>>
Acesso em: 31 jul. 2017.

Corte dos Estados Unidos. O caso de maior repercussão foi julgado em 2012: *National Federation of Independent Business et al vs Sebelius, Secretary of Health and Human Services*, conhecido como “*NFIB vs Sebelius*”. No referido julgamento, a Suprema Corte, por uma apertada votação de 5-4, manifestou em favor da constitucionalidade do ACA no que tange à obrigatoriedade de aquisição de seguro de saúde, sob pena de multa que, para a Corte, foi considerada uma espécie de tributo.⁶²¹

Um segundo ponto estruturante foi a ampliação do programa *Medicaid*. O critério básico de renda foi ampliado para 133% do valor definido para a linha de pobreza pelo Governo Federal, sendo que, em alguns estados, o critério foi ampliado para 138% da linha de pobreza. Ou seja, antes, apenas os norte-americanos considerados pobres tinham possibilidade de acesso ao *Medicaid*, mas, após a reforma, a possibilidade de se habilitar nesse programa incluiu aquela parcela de população que, embora de baixa renda, está um pouco acima da linha da pobreza. O potencial de expansão de cobertura dessa iniciativa foi, contudo, reduzido por consequência de decisão da Suprema Corte dos EUA, também proferida em “*NFIB v. Sebelius*”. Na segunda parte da decisão, considerou-se inconstitucional a previsão de obrigatoriedade de os estados norte-americanos aderirem à expansão prevista no ACA⁶²² e, assim, vários estados optaram por não ampliar os critérios de elegibilidade para o programa. Dessa forma, atualmente, 31 estados e o Distrito Federal expandiram seus respectivos programas, enquanto 19 estados optaram por não o fazer⁶²³. O efeito da não opção é significativo, pois, em média, os estados que expandiram seus critérios de elegibilidade possuem 10,1% das pessoas sem seguro na população não-idosa, enquanto essa taxa sobe para 15,4% nos estados não optantes – uma diferença relativa de 50%⁶²⁴. Estima-se que

⁶²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. Certiorari 567 U.S. 519 (2012). *National Federation of Independent Business v. Sebelius*. Chief Justice John Roberts. Syllabus, p. 1-4.

⁶²² Ibidem, p. 4-6.

⁶²³ Informação atualizada disponível em: <https://obamacarefacts.com/obamacares-medicaid-expansion/>

Acesso em: 31 jul. 2017.

⁶²⁴ BLUMBERG, Linda J. *et al.* **Who Are the Remaining Uninsured, and What Do Their Characteristics Tell Us about How to Reach Them?** Washington, DC: Urban Institute, 2016, p. 2.

a lacuna de cobertura criada por essa decisão tenha implicado diretamente na exclusão de 3 milhões de adultos, 90% deles residentes nos estados localizados na região denominada “sul profundo”, que reúne estados com alta concentração de pobreza, notadamente entre a população negra.⁶²⁵

Terceiro importante passo para a ampliação da cobertura se deu pelo fornecimento de subsídios para contratação de planos de saúde individuais. A iniciativa foi moldada para pessoas e famílias que, embora não elegíveis para o *Medicaid*, tenham renda que varie entre 133% e 400% da linha de pobreza. Para viabilizar a contratação dos planos subsidiados, foi prevista a criação de centrais estatais para sua comercialização (*Health Insurance Exchange - HIX*). Assim, cada estado norte-americano deveria organizar um mercado virtual de seguros de saúde, no qual as seguradoras interessadas pudessem apresentar seus produtos, conforme regras estabelecidas pelo Governo Federal, dentre elas, a existência de até 5 níveis de cobertura/preço (catastrófica, bronze, prata, ouro e platina) e a obrigatoriedade de cobertura de alguns procedimentos preventivos. A aquisição feita pelos particulares seria parcialmente financiada pelo governo, nos casos de pessoas com renda entre 133% e 400% da linha de pobreza. Caso o estado não criasse sua respectiva *HIX*, o serviço seria organizado pelo Governo Federal. Essa estrutura de concessão de subsídios também foi objeto de demanda judicial decidida na Suprema Corte dos EUA em junho de 2015 e, desta feita, a Corte considerou constitucional a lei atacada em votação de 6-3 e manteve inalterada, neste ponto, a estrutura da política pública (*King v. Burwell*).⁶²⁶

Um quarto conjunto de medidas se destinou à maior regulação e controle sobre as seguradoras de saúde que atuam no mercado. A mais importante regulação nesse sentido foi a instituição, em âmbito federal, da proibição de

⁶²⁵ ROSENBAUM, S.. Medicaid at Fifty. **The Oxford Handbook of U.S. Health Law**. Oxford Handbooks Online, 2015, pp. 6-7. Disponível em: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199366521.001.0001/oxfordhb-9780199366521-e-36>

Acesso em: 30 jun. 2017

⁶²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. Certiorari 567 U.S. (2015). David King v. Burwell. Chief Justice John Roberts. Syllabus, p. 1-5.

negativa de cobertura ou de cobrança de prêmios mais altos por condições de saúde pré-existent (guaranteed issue e community rating). Tal iniciativa buscava coibir a seleção adversa de clientes pelos seguros, situação que constitui ponto fraco de sistemas de saúde nos quais o mercado privado desempenha o papel primário⁶²⁷. Além dessas medidas, instituiu-se também obrigação de cobertura de serviços básicos de prevenção (mamografias, colonoscopias, teste de HIV, etc.) e de serviços essenciais de saúde (essential health benefits). Por fim, merece destaque a ampliação para 26 anos do limite de idade para permanência dos filhos como dependentes dos planos de saúde dos pais.

Outra medida adicional para a expansão da cobertura foi o estabelecimento da obrigatoriedade de oferta, pelos empregadores, de planos de saúde aos empregados de empresas com mais de 50 trabalhadores de período integral. A não oferta importa em multa de até \$2.000,00 dólares por empregado, excetuados os 30 primeiros empregados. O cofinanciamento permanece possível, contudo, o empregador deve cobrir ao menos 60% dos custos do benefício. Parte dessa medida foi também judicializada, em razão da obrigatoriedade de financiamento de métodos contraceptivos que são considerados abortivos por determinados segmentos religiosos. A questão foi levada à Suprema Corte que, no julgamento *Burwell v. Hobby Lobby*, considerou inconstitucional impor a oferta de contraceptivos abortivos às empresas comandadas diretamente por pessoas com convicções pessoais contrárias ao aborto⁶²⁸.

Por fim, o ACA estabelece algumas melhorias no *Medicare* voltadas à redução de custos para os pacientes. A principal delas se refere ao custeio de medicamentos previsto no “*Medicare Part D*”, com o objetivo de reduzir o “*donut hole*”, valor desembolsado pelos pacientes a título de co-pagamento para se manterem em tratamento.

⁶²⁷ COLOMBO, F.; TAPAY, N.. Private Health Insurance in OECD Countries: the Benefits and Costs for Individuals and Health Systems. **OECD Health Working Paper**, OECD Publishing, Paris, n. 15, 2004, p. 16.

⁶²⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. Certiorari 573 U.S. (2014). *Sylvia Burwell v. Hobby Lobby Stores*. Justice Alito. Syllabus, p. 1-6.

As mudanças acima mencionadas e muitas outras estão em pleno processo de implementação, embora o ACA tenha sido aprovado em 2010. O mais importante passo do *Obamacare*, o *individual mandate*, passou a vigorar apenas no ano de 2014. Parte das medidas foram introduzidas nos anos posteriores e outras estão previstas para implementação gradual até o ano de 2020; já outra parte das disposições do ACA tiveram sua vigência adiada, em especial aquelas que se referiam aos empregadores, como as penalidades pela não oferta de seguros aos empregados ou a tributação sobre planos de valor muito elevado (*cadillac tax*).

Em que pese estar em processo de implantação, o *Obamacare* já apresenta resultados importantes no que tange à expansão da cobertura do sistema de seguros e à redução do custo geral da saúde para os pacientes. A medição mais otimista, divulgada pelo presidente Barack Obama, aponta declínio de 43% do índice de pessoas sem qualquer cobertura, de 16%, em 2010, para 9,1%, em 2015, o que representa evolução passando de 49 milhões de pessoas excluídas para 29 milhões⁶²⁹. Alguns institutos independentes indicavam, em 2015, um contingente de 32,9 milhões de pessoas sem cobertura⁶³⁰.

Em que pesem tais avanços e toda a energia investida na reforma, o ACA é uma lei fundamentalmente conservadora⁶³¹: conforme acima exposto, a reforma empreendida não intentou revolucionar, unificar ou mesmo racionalizar a incrivelmente complexa estrutura de financiamento e oferta da saúde nos EUA, mas sim preencher lacunas, reparar e manter a coesão do arranjo existente, que, por ser tão complexo e segmentado, mal pode ser chamado de sistema⁶³². As críticas voltadas a esse aspecto, como a de Stuart Buttlar, ressaltam que o ACA deveria ter representado um passo rumo à promoção da saúde, e não apenas a ampliação do

⁶²⁹ OBAMA, B. United States Health Care Reform: Progress to Date and Next Steps. **JAMA**, v.316, n. 5, pp. 525-532, 2016, p. 527.

⁶³⁰ BLUMBERG, Linda J. *et al.* **Who Are the Remaining Uninsured, and What Do Their Characteristics Tell Us about How to Reach Them?** Washington, DC: Urban Institute, 2016, p. 3.

⁶³¹ JOST, T.. Access to Health Insurance and Health Benefits. The Oxford Handbook of U.S. Health Law. **Oxford Handbooks Online**, 2015, p. 15. em: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199366521.001.0001/oxfordhb-9780199366521-e-8>

Acesso em: 07 mar. 2017

⁶³² Ibidem, pp. 15-17.

acesso aos seguros de saúde⁶³³. Em sentido semelhante, Kimberly Boies afirma que, se, de um lado, a reforma vai proporcionar redução dos obstáculos financeiros ao acesso à saúde, de outro, ela pouco contribui para a eliminação das disparidades e para o avanço da equidade nos cuidados da saúde⁶³⁴. Em verdade, o próprio Barack Obama não invoca para seu plano caráter inovador, pois registra que os principais pontos de sua reforma já haviam sido, em algum momento, defendidos por políticos do partido Republicano⁶³⁵, notadamente quando da formatação da reforma de saúde do estado de Massachussets (*MassHealth*) pelo então governador republicano Mitt Romney. Pelo contrário, ressalta como principais lições as dificuldades impostas pelas disputas partidárias, o embate com os *lobbies* dos grupos de interesse e a necessidade de, a todo momento, agir de forma pragmática para avançar no processo de legislação e implementação do plano.⁶³⁶

Tal situação denota a reprodução do comportamento reiterado dos progressistas norte-americanos que, desorientados na construção de um pensamento programático, se renderam à “humanização do inevitável”. Desta forma, o programa social dos democratas, mais uma vez, “se tornou uma versão suavizada do programa de seus adversários republicanos”.⁶³⁷

Não surpreende, portanto, que Thomas Miller estivesse correto em seu alerta dado ainda em 2010 relativo à iminente retomada do debate político sobre o sistema de saúde no sentido da revogação e substituição (“*repeal and replace*”) do *Obamacare*⁶³⁸. Difícil imaginar, contudo, que a tentativa fosse ocorrer de forma tão prematura, antes mesmo da implementação completa do plano.

⁶³³ BUTLER, S.. The Future of the Affordable Care Act: Reassessment and Revision. **JAMA**, v. 316, n. 5, pp. 495-497, 2016, p. 496.

⁶³⁴ BOIES, Kimberly Cogdell. Using the Flexibility of the Affordable Care Act to Reduce Health Disparities by Creatively Structuring Health Insurance Exchanges. 26 **J. Civ. Rts. & Econ. Dev.**, v. 26, n. 1, 2011, p. 1.

⁶³⁵ OBAMA, B. United States Health Care Reform: Progress to Date and Next Steps. **JAMA**, v. 316, n. 5, pp. 525-532, 2016, p. 530.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 530.

⁶³⁷ WEST, C.; UNGER, R. M.. **O Futuro do Progressismo Americano**: uma iniciativa de reforma política e econômica. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 56.

⁶³⁸ MILLER, T. P., Health Reform: Only a Cease-Fire in a Political Hundred Years' War. **Health Affairs**, v. 29, n. 6, pp. 1101-5, 2010, p. 1101.

A primeira tentativa ocorreu ainda em 2015, com a aprovação de lei de caráter orçamentário que drenava recursos da maior parte das iniciativas implementadas pelo ACA. Naquela oportunidade, o Presidente Barack Obama usou seu poder de veto, o que ocorreu em janeiro de 2016.

Com a eleição de Donald Trump, ao final de 2016, entrou em curso no Congresso Nacional dos EUA uma nova tentativa de rápida alteração dos aspectos centrais do ACA. A expectativa inicial era de revogação ampla, que conduziria a uma reversão intensa no processo de ampliação da cobertura. Tal iniciativa, de um lado, economizaria \$109 bilhões de dólares já em 2019 e \$1,3 trilhão de dólares entre 2019 e 2028, de outro, causaria um retrocesso do atual número de pessoas sem cobertura, de 29 milhões para quase 59 milhões, já em 2019⁶³⁹. Com as dificuldades enfrentadas pelo projeto Republicano na Câmara dos Deputados, o plano finalmente aprovado em maio de 2017 correspondeu a um corte menor e resultou na previsão de 23 milhões de excluídos⁶⁴⁰ da cobertura promovida pelo *Obamacare*, conforme relatório do Escritório de Orçamento do Congresso (CBO), órgão apartidário do legislativo federal norte-americano responsável pela previsão de impacto das propostas apresentadas pelos congressistas.

Em vista do número ainda expressivo de excluídos, os Senadores reduziram ainda mais o espectro de alterações e chegaram a um plano que foi considerado uma “revogação franzina” (*skinny repeal*), cuja previsão seria de redução de 16 milhões de segurados até o ano de 2026. Ainda assim, a nova lei derrubaria o “*individual mandate*” e as disposições relativas aos empregadores. Mesmo a versão atenuada da “reforma da reforma” proposta por Donald Trump não gerou o consenso necessário em seu partido, e, com o voto contrário de 3 senadores Republicanos, o projeto de lei em curso no Senado foi rejeitado por uma votação

⁶³⁹ BLUMBERG, Linda J. *et al.* **Implications of partial repeal of the ACA through reconciliation.** Washington, DC: Urban Institute, 2016, p. 1-2.

⁶⁴⁰ CANCRYN, A.; FERRIS, S.. **CBO: House Obamacare repeal bill would leave 23 million more uninsured.** Washington, 24 maio 2017. Story. Politico. Disponível em: <http://www.politico.com/story/2017/05/24/cbo-report-on-healthcare-reform-238786>
Acesso em: 01 ago. 2017.

surpreendente de 51-49 na noite do dia 27 de julho de 2017⁶⁴¹. A inesperada derrota impôs ao Presidente Donald Trump e ao seu partido a reflexão sobre a conveniência de realizar novas tentativas de reforma do ACA ou de mudar seu foco para a continuidade do processo de implementação já em curso.⁶⁴²

A situação atual dos Estados Unidos faz lembrar a indecisão institucional típica da política de saúde no Brasil. Basta recordar o movimento que pregava, já no início da década de 1990, a “reforma da reforma” recém-instituída pela Constituição de 1988 no âmbito sanitário. A decisão institucional que outrora marcava a política de saúde no Brasil hoje se vê claramente refletida no cenário norte-americano, bem como nos atuais desafios enfrentados pela saúde pública brasileira, cujo modelo público é ameaçado pelo ajuste fiscal e por outras iniciativas, como a regulamentação dos planos de baixa cobertura.

Em suma, mesmo com a ampla reforma proposta pela Administração Obama, o sistema de saúde norte-americano avança de forma lenta e sem alterações institucionais significativas. O atual arranjo ainda sofre com vazios assistenciais, sobretudo em áreas rurais⁶⁴³, e também mantém um grande contingente de excluídos, de aproximadamente 30 milhões de pessoas, muitas das quais não possuem perspectiva de inclusão no atual modelo de política pública de saúde⁶⁴⁴. Os incluídos, muitas vezes, têm acesso precário por intermédio de planos de baixa cobertura ou com altas franquias (v.g. planos catastróficos e planos bronze). Por fim, há ainda o desafio da forte segmentação do cuidado que impõe

⁶⁴¹ BRESNAHAN, J.; EVERETT, B.; HABERKORN, J.; KIM, S. M.. **Senate rejects Obamacare repeal**. Washington, 28 jul. 2017. Health Care. Politico. Disponível em:

<http://www.politico.com/story/2017/07/27/obamacare-repeal-republicans-status-241025>

Acesso em: 01 ago. 2017.

⁶⁴² ALTMAN, Drew.; LEVIT, Larry. It's not Obamacare anymore. It's our national health-care system. Washington, 29 jul. 2017. Opinions. **The Washington Post**. Disponível em:

https://www.washingtonpost.com/opinions/its-not-obamacare-anymore-its-our-national-health-care-system/2017/07/28/1a6583fe-73d3-11e7-9eac-d56bd5568db8_story.html?utm_term=.b5ceca6a8de6

Acesso em: 01 ago. 2017

⁶⁴³ Ibidem.

⁶⁴⁴ BLUMBERG, Linda J. *et al.* **Who Are the Remaining Uninsured, and What Do Their Characteristics Tell Us about How to Reach Them?** Washington, DC: Urban Institute, 2016, *passim*.

uma profunda iniquidade no acesso à saúde vinculado ao gradiente de renda da população.

4. Brasil e Estados Unidos: aprendizados a partir da comparação entre os sistemas de saúde

As descrições realizadas sobre a dinâmica e organização dos sistemas de saúde no Brasil e nos EUA permitem perceber muitos desafios em comum. É esperado que seja assim. Brasil e EUA são países que guardam muitas semelhanças e isso se reflete no campo da saúde. No presente tópico, desenvolvemos tal afirmação a partir das reflexões realizadas até este ponto da pesquisa. Concentramos as ponderações em três partes: na primeira, daremos enfoque ao processo político de definição de prioridades, marcado pela atuação de grupos de interesse; na segunda, abordaremos aspectos da composição do financiamento da saúde em ambos os países; e na última parte, a atenção se voltará mais aos resultados injustos produzidos pelos referidos sistemas de saúde, que distribuem o acesso à saúde de forma desigual entre os seus cidadãos.

4.1. Aprendizados sobre o processo de construção das políticas públicas: a ação dos grupos de interesse

O papel desempenhado pela política e seus processos decisórios determina os arranjos institucionais de cada sociedade, bem como nossa capacidade para alterá-los⁶⁴⁵. A familiaridade encontrada entre a cultura política nos EUA e no Brasil redemocratizado ajuda a entender as coincidências no funcionamento de nossos sistemas de saúde e as dificuldades que temos em transformá-los. A organização sociopolítica de ambos os países tem sido muito permeável à atuação dos diversos segmentos da sociedade que conseguem se articular em grupos de interesse e, por eles, exercer influência nos processos decisórios. Assim, muitas vezes, acordos de

⁶⁴⁵ UNGER, R. M.. **False Necessity**: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. Nova Iorque: Verso, 2004, pp. 1-4.

bastidores ocupam o lugar do debate público⁶⁴⁶. Ao observar esse contexto, Maria Lúcia Werneck Vianna afirma que o Brasil “está mais próximo do modelo americano de ‘grupos de interesse’ que competem no mercado político do que dos sistemas de ‘integração negociada’ ao estilo europeu”.⁶⁴⁷

A expressão da competição de interesses entre os diferentes grupos se dá pela disseminação das práticas de *lobbying*. Tais práticas encontram terreno fértil no Brasil, onde se perpetuam: os conflitos latentes entre Executivo e Legislativo, a estrutura partidária fragmentada e sem raízes na sociedade, a atuação corporativa das entidades de representação dos grupos sociais segmentados e a cultura do privatismo⁶⁴⁸. A potencialização do lobismo se dá, portanto, em contexto social, político e institucional semelhante ao que se encontra nos EUA e se difunde amplamente na prática das associações, dos sindicatos e de toda sorte de grupos claramente identificados com determinados interesses privados⁶⁴⁹. Tal formato de veiculação das demandas dos diversos setores da sociedade, calcada na tradição individualista estadunidense, cria obstáculos à formação de “bases coligadas de apoio ao *Welfare State*”⁶⁵⁰ que são normalmente encontradas na maior parte das democracias capitalistas avançadas do continente europeu.

Na Europa, estruturas neocorporativas resultantes da organização dos trabalhadores de variados segmentos ocuparam espaço institucional nas negociações com o Governo e, assim, dividiram com os partidos políticos de origem sindical as tarefas de compor articulações mais abrangentes no âmbito da seguridade social. Tal quadro tem se mostrado conveniente à conservação de elementos do Estado de bem-estar, o que pode ser constatado pela presença de cobertura universal com amplo espectro de serviços de cuidados de saúde que

⁶⁴⁶ WEST, C.. **Democracy Matters**. Nova Iorque: Penguin Books, 2004, p. 28.

⁶⁴⁷ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 96.

⁶⁴⁸ Ibidem, pp. 112-113.

⁶⁴⁹ Ibidem, p. 182.

⁶⁵⁰ Ibidem, p. 77.

expressam, no entender de Silvia Gerschman, “a acomodação dos sistemas de saúde às restrições impostas à seguridade social pelas economias globalizadas”⁶⁵¹.

O processo decisório baseado em *lobbies* limita a articulação de “grandes pactos”, pois os espaços de negociação são ocupados por atores que defendem interesses específicos. Assim, ficam inviabilizados acordos de maior abrangência, típicos de organizações neocorporativas de cepa europeia^{652,653}. Nesse cenário, mesmo as políticas públicas voltadas à promoção da inclusão dos segmentos empobrecidos da população podem reforçar o caráter de segmentação do processo político e da redistribuição dos recursos da sociedade.⁶⁵⁴

No Brasil, a ação dos grupos de pressão por intermédio dos *lobbies* drenou, desde o processo Constituinte, a vitalidade da Reforma Sanitária. Já naquele momento, percebia-se que, na medida que o novo projeto constitucional avançava, a reforma ia se tornando mais administrativa e menos sanitária, pois o formato do processo decisório viabilizava a substituição do engajamento do Estado nas políticas de saúde por um envolvimento da saúde nas manobras da política.⁶⁵⁵

São muitos e variados os grupos de interesses no setor da saúde, muitos deles organizados em entidades representativas por intermédio das quais se projetam em grupos de pressão e atuam há várias décadas na cena política brasileira. Dois dentre inúmeros exemplos⁶⁵⁶ são a Associação Brasileira de Medicina de Grupo (ABRAMGE) e a Federação Brasileira de Hospitais

⁶⁵¹ GERSCHMAN, S.. Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde: União Européia e Brasil. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1441-1451, out. 2008, p. 1444.

⁶⁵² WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., pp. 77 e 188.

⁶⁵³ Vale destacar que, embora não estabeleçam processo decisório predominante, a atuação dos *lobbies* de seguradoras privadas, profissionais médicos e outros atores do sistema de saúde atuam amplamente, inclusive no Parlamento Europeu, onde os seus embates com os interesses dos Estados ali representados “definem o limite ou marcam um limite sobre as relações e modalidades de operação dos atores políticos em questão” (GERSCHMAN, S., op. cit., p. 1444).

⁶⁵⁴ UNGER, R. M. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009, p. 110-111.

⁶⁵⁵ PAIM, J. S. **Reforma Sanitária Brasileira**: contribuição para a compreensão e crítica. Salvador: Edufba, 2013, p. 271.

⁶⁵⁶ Para descrição detida das várias entidades de representação de interesses no setor de saúde e sua forma de organização e de atuação na cena política, conferir: MENICUCCI, T. M. G.. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil**: atores, processos e trajetória. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, pp. 148-162.

Credenciados pela Previdência Social, que se transformaria em Federação Brasileira de Hospitais (FBH). As duas entidades representativas foram criadas em 1966 e, atualmente, em 2017, ou seja, mais de 50 anos depois, seguem ativas nas principais articulações lobistas, especialmente junto ao Congresso Nacional.

O momento atual, aliás, é muito ilustrativo do vigor que mantém o modelo acima descrito, que tem se notabilizado pelo apoio a iniciativas de expansão do mercado de seguros e redução da regulamentação do setor. Nesse sentido, destacamos quatro exemplos. O primeiro deles foi a proposição, pelo então Deputado Eduardo Cunha, da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 451 de 2014, que tinha como propósito tornar obrigatória a oferta de planos de saúde pelos empregadores. A obrigação seria inserida com a introdução de novo inciso e alteração do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal⁶⁵⁷. Sob a alegação de criar-se nova “garantia fundamental” aos trabalhadores com vínculo empregatício, seria consagrado na Constituição brasileira o aspecto central do modelo de saúde norte-americano, bem como seria o SUS relegado ao atendimento dos trabalhadores informais e desempregados.⁶⁵⁸

Um segundo exemplo é o Instituto Coalizão Saúde, cujo lançamento se deu no dia 1º de junho de 2016 em pleno Auditório Petrônio Portela do Senado Federal, com presença de autoridades representativas dos 3 Poderes da República⁶⁵⁹. O instituto sedimentou um movimento que estava em gestação há mais de 2 anos e que reuniu sob uma mesma frente representativa 24 entidades (atualmente são 28⁶⁶⁰), que, por sua vez, já representam amplos setores nacionais e internacionais

⁶⁵⁷ Dado disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=861000>

Acesso em: 03 ago. 2017.

⁶⁵⁸ BAHIA, Ligia *et al.*. Private health plans with limited coverage: the updated privatizing agenda in the context of Brazil's political and economic crisis. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016, p. 2.

⁶⁵⁹ Notícia do evento disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/seminario-o-setor-de-saude-como-modelo-produtivo-e-de-desenvolvimento-economico>

Acesso em: 22 jul. 2016.

⁶⁶⁰ Dado disponível em:

<http://icos.org.br/quem-somos/associados/>

Acesso em: 03 ago. 2017.

da saúde suplementar (planos de saúde, hospitais privados, hospitais filantrópicos), do complexo industrial da saúde e das corporações de profissionais de saúde. A iniciativa almeja, dentre inúmeros outros objetivos, a “aumentar a participação do setor privado na gestão da saúde e criar mecanismos para melhorar e eficiência do gasto público”⁶⁶¹ e reforçar o livre mercado, para que ele alcance equilíbrio financeiro de forma sustentável, o que se daria, segundo Lígia Bahia, com o desenvolvimento de planos “acessíveis”, que ampliariam os nichos de mercado⁶⁶². Vale mencionar que fazem parte da iniciativa as cinquentenárias ABRAMGE e FBH, acima citadas.

Terceiro exemplo a ser mencionado é o contexto de normatização dos “planos populares”, que contou, em sua formulação inicial, com baixa participação e diálogo com movimentos sociais, organizações de defesa dos pacientes e associações de profissionais de saúde. De outro lado, enquanto os segmentos sociais foram afastados do debate, representantes dos órgãos governamentais (ANS e MS) e do mercado de seguros desenharam o esboço da nova proposta⁶⁶³. Ações em prol da “transparência e diálogo” foram observadas em momento bem posterior à tomada da decisão política pelo novo paradigma de regulação e definição dos eixos principais da proposta.⁶⁶⁴

O quarto exemplo, mais recente, se observa no desenvolvimento das atividades da Comissão Especial criada pela Câmara dos Deputados para alterar a regulação dos Planos de Saúde. Embora o Projeto de Lei principal (PL 7419) tenha sido proposto no ano de 2006, apenas agora ganha força o movimento de alteração da Lei dos Planos de Saúde, com a definição, em 31/05/2017, do roteiro de

⁶⁶¹ COALIZÃO SAÚDE. **Proposta para o sistema de saúde brasileiro**. São Paulo, 2016, p. 21. Disponível em: http://icos.org.br/wp-content/uploads/2016/04/Coalizao_Brochura.pdf. Acesso em 03 ago. 2017.

⁶⁶² BAHIA, Lígia *et al.*, op. cit., p. 3.

⁶⁶³ SANTOS, I. S.. The solution to SUS is not a Brazilcare. **RECCIS**, v. 10, n. 3, jul-set 2016, p. 3.

⁶⁶⁴ Nesse sentido, conferir: BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Transparência e diálogo com a sociedade**. Brasília, ANS, 30 jun. 2017. Sobre a ANS. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3969-transparencia-e-dialogo-com-a-sociedade>

Acesso em: 25 jul. 2017.

trabalhos da referida comissão, que inclui audiências públicas para ouvir várias das organizações de grupos de interesses acima mencionadas.⁶⁶⁵

Os exemplos acima mencionados têm em comum a atuação em prol dos interesses das companhias de seguro e das prestadoras de serviços do mercado privado, mas outros importantes grupos também se fazem presentes. Assim como nos EUA, o *lobby* das associações médicas têm papel proeminente, sobretudo pela histórica atuação da Associação Médica Brasileira (AMB), que desempenhou o papel de defesa da prática liberal da medicina e dos interesses corporativos da categoria⁶⁶⁶. Ocorre que, por vezes, a veiculação dos interesses das categorias médicas tem se colocado contra medidas de caráter redistributivo dos recursos da saúde, embora com justificativas que apelam ao interesse público⁶⁶⁷. Tal prática é comum ao Brasil e aos EUA, mas também observada em muitos outros grandes países, como África do Sul, Nigéria e China.⁶⁶⁸

O *lobby* exercido pelas entidades sindicais, por sua vez, tem se caracterizado pela dubiedade de sua atuação. Isso porque os seus representantes, embora muitas vezes apresentem e defendam pautas publicistas – ou até estatizantes –, articulam “demandas corporativas exclusivistas e segmentadoras quando na mesa de negociações”.⁶⁶⁹

⁶⁶⁵ Nesse sentido, conferir: BRASIL: Câmara dos Deputados. **Comissão sobre planos de saúde define roteiro de trabalhos**. Saúde. Brasília, 2017. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/535593-COMISSAO-SOBRE-PLANOS-DE-SAUDE-DEFINE-ROTEIRO-DE-TRABALHOS.html>

Acesso em: 03 ago. 2017.

⁶⁶⁶ MENICUCCI, T. M. G.. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, pp. 153-156.

⁶⁶⁷ Como exemplo, vale destacar o ajuizamento pela AMB, em 2013, de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5035) contra dispositivos da Medida Provisória 621/2013, que criou o Programa Mais Médicos. Conferir: BRASIL: Supremo Tribunal Federal. **Programa mais médicos é questionado no Supremo**. Notícias STF. Brasília, 2013. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=246567>

Acesso em 03 ago. 2017.

⁶⁶⁸ BRITNELL, M. In **Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015, p. 157.

⁶⁶⁹ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 191.

Em favor do modelo público, a defesa mais consistente e perene tem sido observada na atuação dos fóruns institucionalizados de participação social, sobretudo dos Conselhos de Saúde, e da burocracia técnica especializada. Esta alcançou elevado padrão de organização político-institucional, sem precedentes entre as demais políticas sociais brasileiras, especialmente após a aprovação da Lei nº 12.466/2011, que dispõe sobre as comissões intergestores do SUS, o CONASS, o CONASEMS e suas respectivas composições. O *lobby* realizado pelos representantes das referidas instituições tem sido fundamental para mobilizar apoio aos principais avanços do SUS, tal qual a aprovação da Emenda Constitucional nº 29⁶⁷⁰, e para se opor a toda sorte de retrocessos⁶⁷¹.

Em suma, os *lobbies* têm se estabelecido como veículos decisivos e disseminados de influência, sobretudo no Congresso Nacional⁶⁷². Tal situação permite identificar que o processo decisório desenvolvido no Brasil está mais próximo ao modelo americano, no qual a política tem sido reduzida a um “processo inconclusivo de barganha entre grupos organizadores de interesses”⁶⁷³. Tal processo, nos EUA, tem se mostrado “incapaz de equacionar, e muito menos resolver, qualquer dos principais problemas conhecidos do país”⁶⁷⁴. Essa percepção é chave para compreender como e porque, no Brasil, muitas decisões sobre políticas públicas em saúde são tomadas em dissonância com as diretrizes constitucionais de universalização, integralidade e acesso igualitário.

⁶⁷⁰ COSTA, R. C. R. da. Descentralização, Financiamento e Regulação: a Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.º 18, pp. 49-71, 2002, p. 63.

⁶⁷¹ BAHIA, L.. The Brazilian health system between norms and facts: mitigated universalization and subsidized stratification. **Ciênc. saúde coletiva**. v.14, n.3, pp.753-762, 2009, p. 757.

⁶⁷² Nesse sentido, Lígia Bahia destaca que as companhias de seguros e seus executivos doaram aproximadamente R\$ 55 milhões de reais nas eleições gerais de 2014, contribuindo, assim, para a eleição de três Senadores da República e 30 Deputados Federais, dentre os quais o ex-Presidente da Câmara Eduardo Cunha e o atual Ministro da Saúde, Ricardo Barros (BAHIA, Lígia *et al.* Private health plans with limited coverage: the updated privatizing agenda in the context of Brazil's political and economic crisis. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016, p. 2).

⁶⁷³ WEST, C.; UNGER, R. M.. **O Futuro do Progressismo Americano**: uma iniciativa de reforma política e econômica. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 37.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 37.

4.2. Aprendizados sobre o financiamento da saúde

O gasto público brasileiro, conforme já destacamos, é muito baixo para manutenção de sistema de cobertura universal e atendimento integral. Em razão disso, a composição de investimento público-privado da saúde brasileira praticamente se iguala com a situação dos EUA, que não adota o ideal de universalidade de acesso à saúde. Em razão dessa inconveniente semelhança, voltamos nosso foco para o aprendizado que a perspectiva comparada com os EUA oferece no âmbito do financiamento da saúde.

Dentre as diversas possibilidades de comparação, destacamos três semelhanças: a composição do investimento em saúde; as escolhas políticas de contingenciamento dos recursos públicos destinados à saúde; e a prática reiterada de financiamento público do gasto privado. De outro lado, ressaltamos uma diferença: a representatividade do gasto em saúde em perspectiva ao PIB. Ao final dessa perspectiva comparada pretendemos justificar uma afirmação feita ainda no primeiro capítulo: o subfinanciamento não é o maior problema do SUS, mas sim a injustiça no acesso à saúde.

No que tange ao primeiro ponto, Brasil e EUA, apesar de ostentarem modelos de saúde diversos, têm composição de investimento muito semelhante quando observada a fonte, se pública ou privada. A instituição de um sistema nacional de saúde, como o SUS, teria como consequência natural a predominância da participação do gasto público em saúde, ainda que este fosse reservado ao financiamento privado, papel significativo, em razão da atuação livre da iniciativa privada, conforme autorizado no artigo 199 da Constituição. Segundo já destacamos, não é assim que ocorre, uma vez que o investimento privado é superior e, ainda mais surpreendente, ele se dá na mesma proporção observada nos Estados Unidos. Para compreender essa semelhança entre os dois países e entre eles e outras nações, destacamos os dados relevantes expostos na tabela 4 abaixo:

Tabela 4 – Comparativo entre países de gasto público e privado em saúde

Países	Gasto Público		Gasto Privado		Gasto total	Gasto % PIB		
	per capita 2011	Particip. %	per capita 2011	Particip. %	per capita 2011	Público	Privado	Total
Argentina	869,00	60,6	565,00	39,4	1.434,00	4,91	3,19	8,10
Brasil	476,65	45,7	566,35	54,3	1.043,00	4,07	4,83	8,90
Canadá	3.182,08	70,4	1.337,92	29,6	4.520,00	7,88	3,32	11,20
Chile	607,24	47,0	684,76	53,0	1.292,00	3,53	3,98	7,50
Espanha	2.238,18	73,6	802,82	26,4	3.041,00	6,92	2,48	9,40
EUA	3.951,07	45,9	4.656,93	54,1	8.608,00	8,22	9,68	17,90
França	3.133,96	76,7	952,04	23,3	4.086,00	8,90	2,70	11,60
México	464,36	49,4	475,64	50,6	940,00	3,06	3,14	6,20
Paraguai	203,42	38,6	323,58	61,4	527,00	3,74	5,96	9,70
Reino Unido	2.747,29	82,7	574,71	17,3	3.322,00	7,69	1,61	9,30
Uruguai	817,96	67,6	392,04	32,4	1.210,00	5,41	2,59	8,00
Venezuela	241,85	36,7	417,15	63,3	659,00	1,91	3,29	5,20

Fonte: Soares e Santos, 2014, p. 24. Dados do Banco Mundial relativos ao ano de 2011.

A partir da tabela acima, observa-se que a porcentagem da participação do gasto público no Brasil é de 45,7% do total investido em saúde, enquanto nos EUA essa participação é de 45,9%. Logo, o gasto privado no Brasil é da ordem de 54,3%, e nos EUA de 54,1%. Os números são praticamente idênticos e isto revela um grave problema.

A predominância do gasto privado com saúde aproxima o Brasil do perfil de gastos de países como México, Chile, Venezuela e Paraguai, ou seja, países que, como os EUA, possuem sistemas de saúde destituídos da garantia de acesso universal e integral. A mesma tabela contém dados no sentido de que em países com cobertura universal – tal qual Espanha, Canadá, França e Reino Unido – o gasto público é sempre predominante, acima de 70% do total.⁶⁷⁵

Em suma, a comparação com um modelo não universalista como o norte-americano deixa muito claro que o Estado brasileiro investe pouco para um país que elevou a saúde pública ao patamar de direito social fundamental⁶⁷⁶, com caráter

⁶⁷⁵ SOARES, A.; SANTOS, N. R. Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 100, mar. 2014, p. 22.

⁶⁷⁶ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F.. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (Orgs.). **La Protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 241.

universal e integral. A persistência de tal situação desde a promulgação da Constituição de 1988 leva à conclusão de que o subfinanciamento do SUS é, de fato, política de Estado⁶⁷⁷, que se expressa no uso recorrente de “mecanismos de racionamento” dos recursos destinados à saúde pública desde a instituição do SUS⁶⁷⁸. Isso explica, em parte, o fato de a Reforma Sanitária não ter alcançado os resultados almejados.

Além de característica estrutural em ambos os países, o baixo investimento público em saúde representa também uma tendência política atual de contingenciamento dos investimentos em políticas sociais. No Brasil, o histórico subfinanciamento das políticas de saúde tem se agravado ao ponto de as projeções sobre a aplicação do Novo Regime Fiscal (EC 95) apontarem para o desfinanciamento do sistema. Já nos Estados Unidos, o corte de bilhões de dólares de investimentos públicos na saúde, especialmente no programa *Medicaid*, é um dos pressupostos da reforma pretendida pelo Presidente Donald Trump. A justificativa para a retração da proteção social se dá com a defesa de oferta de maior “flexibilidade” de escolhas para os estados na condução de suas políticas públicas e para os clientes, no exercício de suas opções junto ao mercado privado.⁶⁷⁹

Enquanto o financiamento dos programas públicos é ameaçado, a prática de financiamento indireto do mercado privado pelo Estado segue sem contestações. No Brasil, os subsídios públicos à aquisição de seguros privados têm crescido: entre 2003 e 2013 os gastos tributários com pessoas físicas (descontos no IRPF) cresceram 50%, em termos reais, e com pessoas jurídicas, o gasto mais que dobrou no período⁶⁸⁰. Tal tendência pode, inclusive, ser acentuada com a regulamentação

⁶⁷⁷ SOARES, A.; SANTOS, N. R., op. cit., p. 25.

⁶⁷⁸ FAVERET, P.; OLIVEIRA, P. J.. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 3, pp. 139-162, 1990, pp. 140 e 155.

⁶⁷⁹ CUELLO, L. Delivery System Reform and Medicaid Caps. **National Health Law Program**, v. 45, dez 2016, *passim*. Disponível em:

<http://www.healthlaw.org/issues/health-care-reform/2016-12-health-advocate#.WYPfpXeGP-Z>

Acesso em 03 ago. 2017.

⁶⁸⁰ OCKE-REIS, C. O.; GAMA, F. N.. Radiografia do gasto tributário em saúde – 2003-2013. **Nota Técnica n. 19**. Brasília: Ipea, 2016, p. 25.

dos “planos populares” ou se prosperarem iniciativas como aquela prevista na PEC nº 451/2014.⁶⁸¹

Nos EUA, tal prática está ainda mais enraizada, pois a isenção de imposto de renda aplicada aos gastos com saúde é pilar do sistema de seguros vinculados ao emprego. Essa renúncia representa o segundo maior gasto tributário do Governo norte-americano (aproximadamente \$250 bilhões de dólares)⁶⁸². O referido benefício fiscal é amplamente utilizado pelos empregados e representa ganho mais significativo para aqueles de alta renda, devido ao caráter progressivo dos impostos federais. Tal cenário criou uma demanda por planos de saúde com coberturas cada vez mais amplas, chegando ao ponto de serem consideradas excessivas⁶⁸³. No intuito de reduzir o crescimento dos custos com seguros de saúde, foi instituído, no âmbito do ACA, um imposto especial de consumo de 40%, conhecido como *Cadillac Tax*, sobre o custo da cobertura de saúde que exceda o limite previsto em regulamento, que inicialmente será para U\$ 10.200,00 por indivíduo⁶⁸⁴. O referido imposto teve sua vigência postergada para 2018 e, por ser impopular tanto entre Republicanos quanto entre Democratas, é provável que nova prorrogação ocorra⁶⁸⁵. Em suma, segue inalterada a política vigente nas últimas décadas.

Os três pontos de análise acima destacados permitem afirmar uma semelhança marcante na forma como Brasil e EUA investem em saúde. **O setor público investe pouco nas políticas sociais de saúde, ao mesmo tempo em que subsidia indiretamente a aquisição de saúde no mercado privado.** Há, contudo, uma diferença muito relevante que nos proporciona reflexão essencial

⁶⁸¹ VIEIRA, Fabiola Sulpino. Impact of recent decisions and discussions on the Brazilian Public Health System financing. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 109, pp. 187-199, jun 2016, p. 196.

⁶⁸² HALL, M.. Employment-Based Health Coverage. The Oxford Handbook of U.S. Health Law. **Oxford Handbooks Online**, 2015, p. 3. Disponível em: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199366521.001.0001/oxfordhb-9780199366521-e-33>

⁶⁸³ Ibidem, p. 3.

⁶⁸⁴ SALTZMAN, E.; EIBNER, C.; ENTHOVEN, A.. Improving the Affordable Care Act: An Assessment Of Policy Options For Providing Subsidies. **Health Affairs**, 34, n. 12, pp. 2095–2103, 2015, p. 2099.

⁶⁸⁵ JAGODA, N.. Senate bill would repeal most ObamaCare taxes, delay Cadillac tax. **The Hill website**, Washington, 2017. Disponível em: <http://thehill.com/policy/finance/339004-senate-bill-would-repeal-most-obamacare-taxes-delay-cadillac-tax>

Acesso em: 04 ago. 2017.

sobre a forma como temos organizado nosso sistema de saúde e as iniciativas para transformá-lo.

A diferença marcante está no volume de gastos com saúde em perspectiva do PIB de cada país. Neste dado, encontraremos grande disparidade entre as realidades brasileira e estadunidense. O Brasil investe, somados gasto público e privado, aproximadamente 9% de seu PIB em ações de saúde, os Estados Unidos investem quase 16,4% de seu PIB, o maior gasto mundial em saúde. Em expressão monetária, nesse comparativo, o Brasil gasta apenas \$ 1.471,00 dólares *per capita*/ano e os EUA, \$ 8.713,00 dólares⁶⁸⁶. Ou seja, os EUA gastam seis vezes mais que o Brasil para prover saúde a cada cidadão.

Os resultados obtidos pelo sistema de saúde norte-americano não refletem, contudo, a dimensão do investimento realizado. Os EUA são responsáveis por ao menos 40% do investimento mundial total em saúde, ainda que contenham menos de 5% da população mundial⁶⁸⁷. Esse valor é revertido de variadas formas para o cuidado dos pacientes. Os médicos estadunidenses ganham quase o dobro do que os de outros países e oferecem atendimento de qualidade; há elevado investimento em tratamentos medicamentosos e equipamentos de exames por imagem de alta tecnologia⁶⁸⁸; o investimento em pesquisa e desenvolvimento de medicamentos e biotecnologia é o mais elevado do mundo⁶⁸⁹. Entretanto, ainda assim, os EUA apresentam expectativa de vida menor do que a maior parte dos países de alta renda⁶⁹⁰, bem como estão em padrão inferior a diversos países de renda média, tal qual a Grécia, que investe menos da metade em saúde por habitante⁶⁹¹. Conforme destacam Wilkinson e Pickett, a elevada média do nível de renda nos EUA nada faz

⁶⁸⁶ OCDE (2015). Health at a Glance 2015: OECD Indicators. **OECD Publishing**, Paris, pp. 165-166. Disponível em:

<http://www.oecd.org/health/health-systems/health-at-a-glance-19991312.htm>

Acesso em: 15 jun 2017.

⁶⁸⁷ WILKINSON, R.; PICKETT, K.. **O nível**: Porque uma sociedade igualitária é melhor para todos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 124.

⁶⁸⁸ Ibidem, p. 124.

⁶⁸⁹ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State**: debunking public vs. private sector myths. Nova Iorque: PublicAffairs, 2015, pp. 74-77.

⁶⁹⁰ KONTIS, Vasilis *et al.* Future life expectancy in 35 industrialised countries: projections with a Bayesian model ensemble. **The Lancet**, v. 389, issue 10076, pp. 1323-1335, 2017, p. 1333.

⁶⁹¹ WILKINSON, R.; PICKETT, K., op. cit., pp. 124-125.

para reduzir seus problemas sociais e de saúde quando em comparação com outros países.⁶⁹²

Se os resultados atuais não são adequados, a recente reforma realizada no sistema de saúde também não mudou a perspectiva para o futuro. Em recente estudo sobre expectativa de vida realizado em 35 países industrializados, foram apresentadas projeções desanimadoras para o cenário norte-americano, mesmo quando comparado aos demais países com baixa performance nesse índice. No estudo, é apontado que, em 2030, os norte-americanos terão expectativa de vida semelhante aos tchecos, para o caso dos homens, e às mexicanas e croatas, no caso das mulheres⁶⁹³. Esse descompasso entre investimento e resultados, segundo o estudo, pode ser explicado pelo fato de os EUA, de um lado, ostentarem as maiores taxas de mortalidade infantil-materna, homicídios e obesidade entre todos os países de alta renda, e, de outro, permanecerem como único país da OCDE sem cobertura universal de saúde. O estudo sublinha, ainda, que a baixa performance atual e projetada da expectativa de vida também é resultado da oferta insuficiente e desigual dos serviços de saúde entre a população norte-americana.⁶⁹⁴

Este é, portanto, o fato que mais chama atenção no que tange ao financiamento do sistema de saúde norte-americano: há elevado investimento e baixo retorno. A constatação de que a estrutura de financiamento da saúde no Brasil é muito semelhante à dos EUA representa, portanto, um dado muito preocupante, pois permite inferir que o Brasil, por seu turno, gasta pouco e gasta mal. **Eventuais medidas para elevar o nível de investimento público não perfazem, portanto, alternativa promissora para melhorar os indicadores de saúde da população brasileira se não se fizerem acompanhar de medidas para lidar com a estrutura equivocada de investimento.** A experiência norte-americana ensina que elevados níveis de investimento não conduzem a bons resultados se a distribuição dos recursos permanece injusta.

⁶⁹² Ibidem, p. 63.

⁶⁹³ KONTIS, Vasilis et al. op. cit., p. 1333.

⁶⁹⁴ Ibidem.

Como vimos, no Brasil a injustiça na saúde é estrutural e compromete o atendimento, mesmo no seio do sistema público. A perspectiva comparada reforça, portanto, nossa afirmação anterior, calcada na análise de Roberto Mangabeira Unger⁶⁹⁵, de que **combater a injustiça na saúde deve ser o objetivo prioritário de qualquer conjunto de iniciativas em favor do SUS, mais relevante até que a incensada pauta do financiamento**. Assim, como último passo na comparação entre os sistemas, avaliamos alguns dos desafios comuns de Brasil e EUA na oferta de serviços e resultados alcançados pelos respectivos sistemas de saúde.

4.3. As semelhanças nos resultados: segmentação, precarização e exclusão

Brasil e EUA criaram para si formas semelhantes de como decidir sobre as políticas de saúde e como financiá-las. Não é de se surpreender, portanto, que guardem similaridades quanto aos resultados alcançados e as práticas institucionais adotadas em seus respectivos sistemas. Destacamos três aspectos centrais dentre tais similaridades: a segmentação, a precarização e a exclusão.

A segmentação do acesso tem guiado a organização dos sistemas de saúde em ambos os países. No Brasil, conforme ressaltamos, há ao menos quatro vias básicas de acesso da população aos bens e serviços de saúde⁶⁹⁶, nos EUA, há diversidade ainda maior de segmentos. A precarização também é comum a ambos, pois à população de baixa renda são ofertados, frequentemente, serviços de qualidade inferior, de difícil acesso ou de cobertura reduzida. Finalmente, a exclusão de certo segmento de (sub)cidadãos é naturalizada tanto no Brasil, onde milhões de pessoas das classes populares simplesmente não conseguem, na prática, ter

⁶⁹⁵ UNGER, R. M.. Saúde: questão de consciência. São Paulo, 24 jan. 2010. Tendências e Debates. **Folha de São Paulo**. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2401201009.htm>

Acesso em: 06 jul. 2016.

⁶⁹⁶ PIOLA, S.F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. Financiamento do Sistema Único de Saúde: Trajetória Recente e Cenários para o Futuro. **Rev. Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 30, n. especial, pp. 9-33, 2012, p. 12.

acesso a tratamentos de saúde, quanto nos EUA, onde há uma formal exclusão de parcela da população da cobertura do sistema de saúde.

A segmentação excessiva do sistema de saúde norte-americano tem comprometido seriamente os seus resultados, afinal, como destacamos, o fraco desempenho dos indicadores de saúde nos EUA não pode ser creditado à falta de investimento no setor. O passo fundamental para tal segmentação se deu ainda na década de 1960, quando Lyndon Johnson demarcou dois caminhos muito distintos: um para a minoria pobre e vulnerável, atendida pelos programas *Medicaid* e *Medicare*, e outro para a grande massa trabalhadora, que permaneceu dependente dos seguros ofertados pelos empregadores e indiretamente financiados por subsídios estatais. Para Unger, tal desconexão entre o destino dos mais pobres e o da massa trabalhadora representou um erro que os arquitetos da socialdemocracia europeia foram cuidadosos em evitar⁶⁹⁷. Essa divisão inicial não foi mais recomposta, nem mesmo pela reforma promovida por Barack Obama. Os norte-americanos seguiram sua trajetória marcada pela resistência em garantir aos indivíduos mais que um mínimo de recursos, por receio de que uma proteção mais ampla “sufocasse a responsabilidade e a iniciativa individuais sob um manto pesado de paternalismo governamental”.⁶⁹⁸

O reflexo de tais escolhas na saúde foi a criação de formas de acesso muito variadas e fragmentadas, tanto no mercado privado de seguros, quanto no leque de programas governamentais existentes. As regras para acesso aos serviços são complexas, e o sistema está mais submetido à lógica de funcionamento do mercado do que à lógica de estruturação racional e eficiente de uma rede de atendimento. As consequências negativas desse arranjo se fazem sentir, por exemplo, na organização dos níveis de assistência. Em razão da melhor remuneração, dois terços dos médicos são especialistas e apenas um terço permanece como generalista, assim, fica invertido o sistema de referências entre os níveis de complexidade de atendimento (primário, secundário e terciário). Muitos norte-

⁶⁹⁷ UNGER, R. M. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009, p. 110-111.

⁶⁹⁸ WEST, C.; UNGER, R. M.. **O Futuro do Progressismo Americano**: uma iniciativa de reforma política e econômica. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, pp. 32-33.

americanos estão livres para se autorreferenciarem aos serviços mais especializados, independente de indicação prévia de generalistas, situação que, por exemplo, não ocorre no SUS, mas ocorre no setor privado brasileiro.⁶⁹⁹

A desorganização dos níveis de assistência é apenas um dentre os vários problemas que a segmentação pode causar. Daí ser preocupante o fato de o sistema de saúde brasileiro estar, também nesse ponto, se americanizando. O mais evidente aspecto desse movimento é a ampliação da oferta aos cidadãos de opções privadas à cobertura do sistema público. Para alcançar tal diversificação é essencial que a regulação do setor privado pelo Poder Público seja, neste ponto, permissiva. Ainda assim, a baixa regulação não é suficiente enquanto os serviços públicos permanecerem atrativos, pois eles tendem a reduzir a busca pelos outros segmentos (efeito *crowd out*)⁷⁰⁰. Assim, a oferta de “opções de saída” se faz acompanhar de estímulos para o “abandono” dos serviços públicos: cortes de financiamento, dificuldades de acesso, não expansão da rede de atendimento, redução da cobertura, comprometimento da qualidade, etc. O avanço da segmentação em prol da participação mais efetiva do mercado privado depende, portanto, de certa frouxidão na regulação e algum grau de precarização dos serviços públicos. Essas duas condições, estruturalmente presentes nos EUA, têm ganhado contornos cada vez mais claros na realidade atual brasileira.

O regime regulatório instituído a partir de 2000 com a criação da ANS tem reforçado a estabilidade econômica e financeira das companhias que atuam no setor, bem como tem sido permeável às estratégias de ampliação das escolhas de consumo pelos grupos de interesses mais organizados. Um bom exemplo dessas tendências é a permissividade para com a seleção de clientela, o que ocorre especialmente por instrumentos de seleção de risco e pela promoção de planos coletivos, menos regulados, em detrimento dos planos individuais, mais regulados

⁶⁹⁹ NASCIMENTO, Ingrid Jeber. **Healthcare Systems in Brazil and the United States: a Comparative Analysis**. 2013. Dissertação - Department of Political Science and International Affairs, Georgia, Kennesaw State University, 2013, pp. 34-35.

⁷⁰⁰ SANTOS, I. S.. Evidência sobre o mix público-privado em países com cobertura duplicada: agravamento das iniquidades e da segmentação em sistemas nacionais de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, pp. 2743-2752, 2011, p. 2746.

e com controle de preço⁷⁰¹. A brecha encontrada na baixa regulação dos planos coletivos lembra aquela criada pelo ERISA, em 1974, no sistema norte-americano. Ademais, a tendência à atrofia do mercado de seguros individuais também reproduz a estrutura encontrada nos EUA.

O exemplo mais recente do viés de regulação do setor é a iminente aprovação de padrões menos exigentes de cobertura para comercialização dos “planos populares” ou “planos acessíveis”⁷⁰². As novas regras proporcionarão a expansão do disputado mercado de seguros destinados às classes C e D⁷⁰³, com potencial de adesão de até 20 milhões de novos consumidores, tendo em vista a previsão de mensalidades no patamar de apenas R\$ 80,00⁷⁰⁴. A medida ampliará a estratificação dentro do mercado de seguros privados, situação que se assemelha muito ao padrão norte-americano, que admite inúmeros níveis de cobertura e preço, dos mais sofisticados e custosos aos mais básicos e baratos⁷⁰⁵.

Permanece, contudo, uma distinção fundamental: enquanto os planos acessíveis no Brasil estão sendo moldados para oferecer cobertura básica (atenção primária e ambulatorial)⁷⁰⁶, os planos acessíveis norte-americanos têm o foco na extremidade oposta do cuidado, ou seja, tratamentos de alta complexidade

⁷⁰¹ COSTA, N. R.; VAITSMAN, J.. Universalization and Privatization: How Policy Analysis can Help Understand the Development of Brazil's Health System. **Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice**, v. 16, n. 5, pp. 441-456, out 2014, p. 454.

⁷⁰² O exemplo é recente, mas a ideia não é nova, apenas aguardava condições políticas para sua implementação. Mesmo no contexto da criação do SUS e da extinção do INAMPS, foram realizadas articulações do empresariado da medicina para ofertar planos de saúde simplificados ao Estado (GERSCHMAN, S.. Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde: União Européia e Brasil. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1441-1451, out. 2008, p. 1444-1445).

⁷⁰³ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. CONASS Debate. **Saúde: para onde vai a nova classe média**. Brasília: CONASS, 2013, p. 25.

⁷⁰⁴ SANTOS, I. S.. The solution to SUS is not a Brazilcare. **RECCIS**, v. 10, n. 3, jul-set 2016, p. 3.

⁷⁰⁵ Excelente exemplo dessa segmentação de cobertura entre os diferentes tipos de planos de saúde ocorre nas centrais estatais de comercialização de planos subsidiados pelo governo norte-americano. Nelas, os consumidores podem escolher até cinco níveis diferentes de preço e de cobertura: platina, ouro, prata, bronze e catastrófico. Os planos padrão platina exigem o pagamento dos prêmios mais altos, contudo, cobrem praticamente todos os custos dos serviços. No demais, os preços e a abrangência decrescem gradativamente até os planos catastróficos, que oferecem preços muito baixos acompanhados de alta franquia para o uso dos serviços, ou seja, destinados apenas à cobertura de problemas de saúde graves e imprevistos. Informações disponíveis em:

<https://www.healthcare.gov/choose-a-plan/plans-categories/>

Acesso em: 07 ago. 2017.

⁷⁰⁶ SANTOS, I. S., op. cit., loc. cit.

decorrentes de condições de saúde imprevistas. A versão brasileira dos planos acessíveis reforça, portanto, dois movimentos que tendem a desestruturar o sistema público: de um lado, amplia o alcance da cobertura duplicada, que deve refletir na precarização da assistência primária ofertada pelo SUS; de outro, os casos de maior complexidade e custo serão remetidos para os serviços públicos, com prováveis reflexos negativos na fragmentação do cuidado e comprometimento da coordenação entre os níveis de atenção à saúde.

A regulação permissiva convive, ainda, com outros incentivos do Poder Público à segmentação favorável ao setor privado, como as isenções sem limite no imposto de renda. Incentivo ainda mais explícito, embora de menor impacto, se observa na expansão do financiamento de planos de saúde para servidores públicos tanto pelo governo federal quanto pelos governos estaduais e municipais, situação também encontrada em empresas estatais. Ao observar tal contexto, Lúgia Bahia destacou que “todos esses indícios, embora expostos de maneira pouco articulada, convergem em torno do vetor de privatização do sistema de saúde brasileiro”⁷⁰⁷. Tal processo de assunção dos serviços públicos pelo sistema privado representou, nos EUA, uma ampliação da fissura entre as classes sociais⁷⁰⁸, e, possivelmente, o mesmo resultado será observado no Brasil. Esse vetor mencionado por Lúgia Bahia tem se intensificado com iniciativas recentes já referidas, tais quais a regulamentação dos “planos populares” e a PEC nº 451/2014, que intenta criar seguro obrigatório pelo empregador de caráter ainda mais amplo do que instituído na reforma de Obama. Esta última medida foi considerada por diversas instituições⁷⁰⁹ e pesquisadores⁷¹⁰ uma grave tentativa de instituir, por intermédio da

⁷⁰⁷ BAHIA, L.. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciênc. saúde coletiva** [online], v.13, n.5, pp.1385-1397, 2008, p. 1390.

⁷⁰⁸ LIND, M.. **The Next American Nation**: the new nationalism and the fourth American Revolution. Nova Iorque: Free Press, 1995, p. 253.

⁷⁰⁹ CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE (CEBES) *et al.* **Nota**: a PEC 451 viola o direito à saúde

e promove a segmentação do SUS. Rio de Janeiro, 2015. [Internet]. Disponível em:

<<http://cebes.org.br/2015/03/a-pec-451-viola-o-direito-a-saude-e-promove-a-segmentacao-do-sus/>>

Acesso em: 07 ago. 2017.

⁷¹⁰ VIEIRA, Fabiola Sulpino. Impact of recent decisions and discussions on the Brazilian Public Health System financing. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 109, pp. 187-199, jun. 2016, p. 195.

Constituição, enorme mercado cativo para as companhias de planos de saúde, em detrimento do SUS e do próprio direito à saúde.

Além dos desafios da segmentação do sistema e da precarização dos serviços ofertados aos estratos sociais desfavorecidos, os sistemas de Brasil e EUA compartilham também a chaga da exclusão. Conforme argumentamos, o estabelecimento da saúde como direito universal não acabou com a exclusão provocada pelo sistema de saúde brasileiro. Tampouco a reforma promovida pelo *Obamacare* garantiu a todos os norte-americanos acesso aos serviços de saúde.

De fato, a reforma instituída pelo ACA, desde seu início, não se voltava à inclusão de todos os norte-americanos nos serviços de saúde, a extensão do *Medicaid* alcançou apenas aqueles com renda de até 133% do valor considerado da linha de pobreza (ou 138% em alguns estados). Acima disto, foi adotada a política de subsídios graduais. Trata-se, portanto, de avanço parcial, pois os indivíduos não elegíveis para o *Medicaid* e que não possam adquirir um plano subsidiado permanecerão sem acesso à saúde. Como destacamos em tópico anterior, o número de pessoas que permanecem sem qualquer cobertura é significativo – aproximadamente 30 milhões – e tal número de excluídos tende a se estabilizar ou voltar a crescer, caso as políticas defendidas pelo atual Presidente alcancem vigência.

Tal exclusão, em decorrência do efeito da decisão no julgamento “*NFIB v. Sebelius*”, se faz mais intensa nos estados que optaram por não expandir o *Medicaid*, política pública voltada para a população de baixa renda. Os estados não-optantes representam áreas mais empobrecidas dos EUA e que ostentam índice de não-cobertura 50% maior do que o encontrado em estados que expandiram o *Medicaid*. Além de afetar mais intensamente áreas de baixa renda, a exclusão também é mais frequente nas minorias raciais e, sobretudo, no grupo dos imigrantes irregulares. O índice de pessoas sem cobertura é de 9,4% entre brancos, 13,1%

No mesmo sentido: PESSOA, L. R. *et al.* Reallocating the Unified Health System's supply to face attend future problems: the case of traumatology in Brazil. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 110, pp. 9-19, 2016, p. 18.

entre negros, 20% entre hispânicos e nativos. No que tange ao status de cidadania, 10,5% dos cidadãos norte-americanos permanecem sem seguros, índice que sobe para 14,7% entre os residentes legalizados e chega ao impressionante nível de 49% entre imigrantes irregulares.⁷¹¹

Embora a exclusão nos EUA, conforme acima destacado, guarde relação direta com o padrão de renda e com a raça, ao menos os estratos mais vulneráveis da sociedade restam protegidos, por exemplo, as pessoas idosas e com deficiência têm direito à assistência à saúde por intermédio do *Medicare*. Da mesma forma, as famílias de renda abaixo da linha de pobreza têm direito à assistência pelo *Medicaid* em qualquer lugar dos EUA, e a proteção pode ir até aqueles que estão a 138% da linha de pobreza nos estados que expandiram o alcance do programa. Vale destacar, ainda, que os critérios de elegibilidade do *Medicaid* são mais amplos para assistência às crianças. O único segmento populacional exposto à extrema vulnerabilidade e que não recebe qualquer assistência governamental são os imigrantes irregulares. Em suma, a exclusão de cobertura não constrange diretamente os grupos mais desfavorecidos da população norte-americana, pois o vazio assistencial ocorre em um estrato localizado um pouco acima da base da pirâmide social, qual seja, a classe trabalhadora pobre ou próxima da pobreza.⁷¹²

Tais reflexões sobre o contexto norte-americano permitem identificar que a exclusão enfrentada pelos brasileiros é ainda mais grave que a encontrada nos EUA em, ao menos, dois aspectos: a transparência e o foco da proteção social existente.

A conta dos excluídos do sistema estadunidense é muito clara: aproximadamente 30 milhões de pessoas, ou 10% de sua população. Tal informação pode ser objetivamente colocada, pois a exclusão existente nos EUA é

⁷¹¹ Vale destacar que os percentuais se referem à população total dos EUA, excetuados aqueles grupos elegíveis para programas específicos de acesso à saúde, quais sejam, os idosos, as pessoas com deficiência, os militares e as pessoas institucionalizadas. Conferir: BLUMBERG, Linda J. *et al. Who Are the Remaining Uninsured, and What Do Their Characteristics Tell Us about How to Reach Them?* Washington, DC: Urban Institute, 2016, p. 6.

⁷¹² COLOMBO, F.; TAPAY, N.. Private Health Insurance in OECD Countries: the Benefits and Costs for Individuals and Health Systems. **OECD Health Working Paper**, OECD Publishing, Paris, n. 15, 2004, p. 18.

formal e material. Ou seja, este grupo da população simplesmente não tem direito ao atendimento, seja porque não o contratou, seja porque não se encaixa nos critérios de elegibilidade das políticas públicas. Assim, como consequência de não ostentarem direito ao atendimento, não o recebem.

No Brasil, o grupo potencialmente exposto à exclusão é muito maior. Apenas o reduzido segmento de um quarto da população brasileira tem a garantia de efetivo acesso que a cobertura do sistema suplementar oferece. Do outro lado dos muros construídos pelo *apartheid* da saúde, os indivíduos das classes populares, que são usuários exclusivos do SUS, vivem a insegurança constante de ter ou não acesso aos serviços de saúde dos quais necessitam; dependem de políticas públicas de saúde que, muitas vezes, são concebidas de forma a privilegiar demandas de grupos de interesse organizados e que não contemplan necessidades mais amplas da população, tal qual ocorre com as doenças da pobreza e os procedimentos eletivos; sofrem com a distribuição desigual dos recursos médicos e infraestrutura de hospitais; são preteridos por indivíduos que logram obter acesso privilegiado aos serviços; enfrentam dificuldades na relação com os profissionais de saúde, que, muitas vezes, pertencem a estratos sociais mais abastados. Em suma, 3/4 da população está submetida à potencial exclusão material, ainda que, formalmente, ostente a titularidade do direito à saúde previsto na Constituição Federal e goze da cobertura dos serviços do SUS. Os critérios para que essa potencial exclusão se efetive são sempre opacos, mas, regra geral, afetam com frequência muito maior os brasileiros da ralé estrutural, em especial aqueles indivíduos que acumulam “descrédito social”.⁷¹³

A exclusão existente nos Estados Unidos é, nos pontos destacados, menos perversa que a brasileira. Isso porque ao menos apresenta-se mais transparente, pois regulada e institucionalizada⁷¹⁴, e não afeta as parcelas mais vulneráveis e empobrecidas dos cidadãos. **A proteção social brasileira “inverte” a lógica**

⁷¹³ ARENARI, Brand; DUTRA, Roberto. A construção social da condição de pessoa: premissas para romper o círculo vicioso de exclusão e uso problemático do crack. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Crack e exclusão social**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016, p. 207.

⁷¹⁴ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 152.

adotada nos EUA, pois expõe à maior exclusão exatamente os que já são mais excluídos. De acordo com Maria Lúcia Werneck Vianna, é nessa inversão que reside o aspecto mais desastroso do processo de americanização do sistema de saúde brasileiro.⁷¹⁵

Em conclusão, neste último passo da avaliação comparada entre Brasil e EUA, foi possível identificar que as condições de construção dos sistemas de saúde de ambos os países conduziram a resultados muito semelhantes: acesso à saúde distribuído de forma muito desigual por arranjos institucionais segmentados. No bojo de tais sistemas, a distribuição dos serviços de saúde é afetada diretamente pelo gradiente de renda e pela estratificação social, de forma que os estratos mais privilegiados e de maior renda têm acesso a serviços de ponta, e a maior parte da população fica submetida a serviços precários ou até à exclusão. Além disso, a comparação também revela graves problemas específicos da realidade brasileira: a intensificação de medidas e iniciativas de segmentação do sistema de saúde e a precarização dos serviços públicos e a exclusão informal e opaca que afeta de forma mais contundente os indivíduos da ralé estrutural da sociedade.

Encerramento do capítulo

No primeiro capítulo do presente estudo, destacamos que o Estado brasileiro tem perpetuado um padrão degradado de relação entre público e privado que provoca grave descompasso entre o modelo normativamente previsto na Constituição e a prática institucional do sistema de saúde. Tal diagnóstico foi complementado e aprofundado, neste segundo capítulo, com a contextualização do sistema de saúde brasileiro em face da experiência internacional e de sua comparação com o contexto dos EUA.

A contextualização com os modelos de outras nações e, especialmente, a comparação com o sistema estadunidense permitem afirmar que há uma desnaturação do modelo de saúde previsto na Constituição de 1988. O seu caráter público e universal segue comprometido por processos decisórios permeáveis aos

⁷¹⁵ Ibidem, pp. 152-153.

lobbies organizados em prol de grupos de interesse e por uma estrutura de financiamento que, direta ou indiretamente, subfinancia as políticas públicas e subsidia as escolhas privadas. Em suma, normatizamos princípios de um modelo, mas implementamos outro, traçamos políticas públicas inspirados em um modelo, e políticas econômicas e regulatórias para estimular outro. É difícil que dubiedade tão profunda conduza a bons resultados e, de fato, não tem conduzido.

O resultado é que o “sistema” de saúde pouco a pouco deixa de ser sistêmico, uma vez que segmentado em vários padrões e formas de acesso aos serviços de saúde. Tal segmentação, tanto no Brasil quanto nos EUA, reserva aos mais pobres serviços deficientes e limitados ou até mesmo a mais pura exclusão, que, no Brasil, se apresenta ainda mais perniciosa, pois impacta de forma contundente exatamente os mais pobres e mais vulneráveis.

Mas como chegamos a esse ponto? Por que perpetuamos a reprodução da desigualdade, da injustiça e da exclusão na saúde? E, mais importante, como construir alternativas para esses problemas?

Até o presente momento, a pesquisa dedicou-se ao diagnóstico. No próximo capítulo, nos movemos do diagnóstico das condições de construção e perpetuação de um sistema de saúde marcado pela exclusão, segmentação e precarização e iniciamos a discussão do papel assumido pelo Direito, em especial, pelas Constituições brasileiras, na organização desse sistema. Conforme destacado, atualmente, no plano normativo, todos brasileiros são titulares de direito à saúde, mas nem todos conseguem acesso adequado. Na reflexão realizada até o momento, apontamos as consequências negativas advindas dessa exclusão informal à qual estão expostos os cidadãos das classes populares. No próximo passo da pesquisa, pretendemos entender como o direito pode deixar de ser apenas o “açúcar”⁷¹⁶ usado para suavizar a amarga realidade de exclusão dos projetos conservadores e se tornar um instrumento de transformação e construção de alternativas institucionais para lidar com os problemas acima mencionados.

⁷¹⁶ UNGER, R. M. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009, p. 2.

CAPÍTULO III DESENVOLVIMENTO DA SAÚDE NO BRASIL: CONSTRUÇÃO E PERPETUAÇÃO DA INJUSTIÇA NA SAÚDE PÚBLICA

We know, in the case of the person, that whoever cannot tell himself the truth about his pasts is trapped in it, is immobilized in the prison of his undiscovered self. This is also true about nations.

(James Baldwin, 1962)

Descompasso entre a Constituição e as instituições. Dubiedade entre políticas públicas e políticas econômicas. Adoção de um modelo e implementação de outro. Como a saúde brasileira chegou a essa situação? As distorções são aparentes e cobram um pesado preço da sociedade brasileira, tanto que a saúde se transformou na maior fonte de preocupação para os brasileiros⁷¹⁷. Em que pese essa apreensão da sociedade, os princípios mais básicos da Reforma Sanitária não lograram plena implementação e, atualmente, o SUS enfrenta desafios como o a intensificação do subfinanciamento e da segmentação. A desestruturação do modelo público de saúde tornou-se, assim, um grande desafio à democracia brasileira, pois mesmo as previsões expressas na Constituição combinadas com o apelo político do tema não foram suficientes para implementar um sistema de saúde justo em seu acesso e efetivo em seus resultados. Quais as razões para a perpetuação desse contexto de injustiça e exclusão social?

Para enfrentar as provocações presentes nas duas perguntas acima delineadas dividimos a exposição do presente capítulo em duas partes. Na primeira, voltamos o nosso olhar para o processo histórico de formação do sistema de saúde brasileiro, a fim de encontrar nele os fatores sociais, políticos e econômicos que

⁷¹⁷ BIEHL, J.. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health and Metamorphosis of Biopolitics. **Lua Nova**, n.98, pp.77-105, 2016, p. 90.

conduziram às atuais condições do sistema de saúde brasileiro, marcado pela exclusão, pela segmentação e pela precarização.

Em seguida, nos voltamos às condições de perpetuação desse contexto de injustiça e exclusão mesmo em face das atuais bases constitucionais e da abertura à transformação política que o regime democrático oferece. Em nossa análise, destacamos a reflexão sobre o efeito e as limitações que a desigualdade socioeconômica impõe à participação e à mobilização popular na esfera política. A partir de tais observações, ponderamos que, nesse contexto, o acesso ao Sistema de Justiça para exigir a concretização do direito à saúde – a judicialização da saúde – tem instrumentalizado a reação dos cidadãos das classes populares face à exclusão que a realidade lhes impõe.

1. Formação do sistema de saúde no Brasil

A Reforma Sanitária Brasileira, apesar de representar avanço histórico e inegável, não logrou atingir seus objetivos. Ao observar essa realidade, Maria Lúcia Werneck Vianna destaca que a proteção social brasileira, “embora tenha se sido reformad[a] à inglesa pela Constituição – no espírito universalista da *social security* – vem se americanizando a passos largos”⁷¹⁸. A referência à expressão “americanização”, vale ressaltar, é uma metáfora utilizada pela autora para melhor entendimento dos processos de expansão das políticas sociais no Brasil a partir da década de 60, as quais não lograram a mesma estabilidade dos sistemas avançados de *Welfare State*⁷¹⁹, não havendo intenção de apontar uma influência deliberada de organismos norte-americanos na condução das políticas sociais brasileiras, embora, em alguns momentos, ela tenha ocorrido⁷²⁰.

⁷¹⁸ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 14.

⁷¹⁹ Ibidem, p. 14.

⁷²⁰ Um exemplo histórico é a marcante atuação da Fundação Rockefeller, a partir de 1915, no desenvolvimento dos serviços médico-sanitários e científicos no Brasil. Nesse sentido, conferir: FARIA, L. R. de; SANTOS, L. A. de C.. **A Reforma Sanitária no Brasil: ecos da Primeira República**. Bragança Paulista: EDUSF, 2003, *passim*.

O intuito central da referida autora é apontar o movimento histórico e persistente de aproximação à prática institucional norte-americana, em que pese que o Brasil tenha buscado inspiração no modelo inglês⁷²¹, notadamente durante o movimento sanitarista da década de 1980. Vale acrescentar, contudo, que o esforço que ora se propõe apenas é útil para a presente pesquisa na medida em que contribui para se entenderem as bases da construção da injustiça no acesso à saúde e, assim, para proporcionar-se a imaginação de alternativas, a partir do direito, para tal situação. Afinal, não podemos esquecer que o formato final de cada sistema de saúde resulta da própria história da sua construção.⁷²² Compreender os efeitos dinâmicos das mudanças ao longo do tempo em dado sistema de saúde é, inclusive, desafio ainda maior que a análise comparada entre sistemas.⁷²³

Assim, nos concentramos agora no processo de construção de aspectos que atualmente caracterizam o sistema de saúde brasileiro. Iniciamos a exposição destacando os legados de naturalização da subcidadania e da exclusão e, em um segundo momento, voltamos a atenção para os vetores de segmentação e precarização do sistema de saúde. Por fim, destacamos como tais elementos, identificáveis em diferentes momentos históricos, foram sobrepostos uns aos outros e resistiram à Reforma Sanitária da década de 1980, de modo a forjar a complexa e multifacetária injustiça que, hoje, caracteriza o sistema de saúde brasileiro.

⁷²¹ Embora Vianna tenha se referido à americanização em obra escrita em 1995, o uso do termo continua atual no campo da saúde, conforme se observa na comparação realizada no capítulo anterior. Ademais, a referência à americanização da saúde também tem sido utilizada em situações em que se busca opor a mercantilização da assistência médico-hospitalar ao ideário da Reforma Sanitária. Nesse sentido, conferir TEMPORÃO, J. G.. SUS: entre a hegemonia e a americanização. Saúde. **Carta Capital**. São Paulo, 7 abr. 2013. Disponível em:

<https://www.cartacapital.com.br/saude/sus-entre-a-hegemonia-e-a-americanizacao>

Acesso em: 25 jun. 2017.

⁷²² SANTOS, I. S. *et al.* O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1431-1440, 2008, p. 1432.

⁷²³ TUOHY, C. *et al.* How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**. Duke University Press, v.29, n.3, pp.359-396, 2004, p. 360.

1.1. Subcidadania e exclusão na formação da saúde pública no Brasil

A naturalização do fato de um cidadão, titular do direito à saúde, simplesmente não obter acesso a tratamentos básicos não é contradição simples de se entender. A exclusão em relação aos cuidados de saúde ou o atendimento em serviços precários é distorção com raízes antigas e profundas na sociedade brasileira e está intimamente ligada à formação, em nossa sociedade, nos últimos 4 séculos, de um contingente de pessoas “a rigor dispensáveis, desvinculados dos processos essenciais da sociedade”⁷²⁴. Para o escopo da presente pesquisa, contudo, faz mais sentido dar foco à investigação quando a proteção à saúde da população ganha, de alguma forma, projeção no âmbito jurídico e, assim, reflete nas alterações nos acordos básicos da sociedade e do próprio conceito que os homens fazem de si mesmos.⁷²⁵

A Constituição promulgada em 1934 instituiu as bases normativas para o desenvolvimento do Estado Social, com consideráveis repercussões no modelo da medicina social em construção na época, que já experimentava o início da centralização das políticas públicas de saúde no Ministério da Educação e da Saúde Pública, inaugurado em novembro de 1930⁷²⁶. O início do estabelecimento desse modelo, contudo, deu-se antes, ainda na Primeira República, com o início do cuidado direcionado ao saneamento das cidades e ao controle de epidemias urbanas e endemias rurais. O texto de 1934, diferentemente do que depois viria a ocorrer na Constituição de 1988, representou mais a sedimentação da organização institucional que se vinha instituindo do que a tentativa de transformá-la.

Na virada do século XIX para o século XX, momento histórico notadamente conhecido como “Primeira República” ou “República Velha”, viu-se nascer, no seio das elites intelectuais, o primeiro debate nacional sobre a imperatividade da atuação estatal em prol da saúde da população. A evolução desse debate no período entre

⁷²⁴ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 121.

⁷²⁵ UNGER, R M. **O Direito na Sociedade Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 202.

⁷²⁶ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da Saúde Pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2011, p. 30.

as duas primeiras Constituições da República explica a razão de a Constituição de 1934 tratar com alguma atenção o tema da saúde pública, que fora completamente esquecido pela Carta de 1891.⁷²⁷

A Constituição de 1934 foi a primeira a tecer considerações sobre a ordem econômica e social da nação. Dispôs sobre a atuação do Estado em relação à proteção da família, à educação, à saúde e à higiene, à assistência aos indigentes e, sobretudo, à proteção do trabalhador, tanto do ponto de vista social, quanto da legislação trabalhista. Daí a percepção de Paulo Bonavides ao afirmar que “trouxo por conseguinte a Constituição de 1934 a admirável marca social dos direitos do homem” e que “não padece dúvida que a tônica da Constituição de 34 recaiu sobre o Estado Social”⁷²⁸. Nesse mesmo sentido, a literatura nas ciências sociais é quase unânime ao apontar que a história da seguridade social brasileira – e nela inserida a saúde pública e a medicina social – tem início na Era Vargas.⁷²⁹

Especificamente no campo sanitário, a Constituição de 1934 definiu que “cuidar da saúde e assistência públicas” seria competência concorrente da União e dos Estados (art. 10, inciso II). Ademais, incumbiu todos os três entes da Federação do dever de “estimular a educação eugênica”, “adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbididade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis” e “cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais” (art. 138, *b, f, g*). Finalmente, ainda impunha à União o dever de organizar o “serviço nacional de combate às grandes endemias do País”.

⁷²⁷ O principal foco dos debates na Constituinte de 1891 se mantiveram na questão federativa e, por conseguinte, nas competências a serem divididas entre a União e os estados (embate entre unionistas e federalistas). Para além desse foco, outro ponto de grande relevância foi a normatização da relação entre o Estado e a Igreja Católica. O texto constitucional, dessa forma, expressou o pacto liberal oligárquico que caracterizou esse período, que encontrou dificuldade em renovar materialmente as instituições e a sociedade. Nesse sentido conferir: BONAVIDES, P.; ANDRADE, P.. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra Política, 1988, pp. 205-240 e 249-250.

⁷²⁸ Ibidem, pp. 325-326.

⁷²⁹ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 139.

A leitura dos dispositivos constitucionais acima transcritos, desperta atenção para conceitos e expressões pouco identificadas atualmente com a saúde pública e o sistema organizado para provê-la. Assim, conceitos claros como “cuidar da saúde”, “doenças transmissíveis” e “grandes endemias” convivem com outros mais opacos: “higiene social”, “educação eugênica”, “venenos sociais”, entre outros. Nessa complexa conformação do texto constitucional de 1934 está refletido o paradoxal contexto de formação inicial do “sistema” de saúde no Brasil.

Nesse rico período de nossa história, localizado entre a promulgação das Constituições de 1891 e 1934, nas produções institucionais e acadêmicas sobre a saúde, permearam não só os esforços para a construção de uma estrutura estatal para “cuidar da saúde”, mas também a tentativa de formar uma identidade nacional e construir os rumos da nação brasileira, naquele momento tão marcada pela questão racial. Nesse contexto atua “pelo alto” a elite intelectual brasileira, com destaque para as personalidades e instituições jurídicas e médicas, que, por sua vez, são influenciadas por dois principais paradigmas: o Liberalismo e o Racismo. É o que esclarece Lília Moritz Schwarcz:

Paradoxo interessante, liberalismo e racismo corporificam, nesse momento, dois grandes modelos teóricos explicativos de sucesso local equivalente e no entanto contraditório: o primeiro fundamentava-se no indivíduo e em sua responsabilidade pessoal; o segundo retirava a atenção colocada no sujeito para centrá-la na atuação do grupo entendido enquanto resultado de uma estrutura biológica singular⁷³⁰.

A elite intelectual recebeu os influxos das teorias estrangeiras – sobretudo do darwinismo social e do evolucionismo social – e, autoritariamente, cumpriu o desafio de adaptá-las ao contexto brasileiro e, assim, encontrar em “teorias formalmente excludentes, usos e decorrências inusitados e paralelos, transformando modelos de difícil aceitação local em teorias de sucesso”⁷³¹. Nesse esforço, foram produzidos pensamentos originais nos campos médico e jurídico que lidaram com os

⁷³⁰ SCHWARCZ, L. M.. **O Espetáculo das Raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870 – 1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 19-20.

⁷³¹ Ibidem, p. 25.

paradigmas teóricos que condenavam o cruzamento racial para construir o futuro de uma nação que, àquela altura, já era amplamente miscigenada.

O surgimento da Medicina Social no Brasil se dá, portanto, no contexto de recepção, adaptação e gradativo questionamento das teorias racialistas que dominaram o cenário do pensamento social brasileiro na Primeira República. A mais influente delas, o darwinismo social ou “teoria das raças”, via de forma pessimista a miscigenação, pois ela conduziria à degeneração não só racial, mas também social⁷³². Propugnava-se, sob esse paradigma teórico, a ideia das raças como a de existência de diferentes espécies de humanos, em que as diferenças e as características físicas dos diferentes grupamentos definiriam suas diferenças culturais. Como consequência dessas duas máximas, o sujeito era considerado produto de suas características raciais, e não de seu arbítrio⁷³³. Essa teoria ganhou popularidade no Brasil no conturbado final do século XIX, em meio aos debates que rondavam a questão racial e faziam dela tema central na definição de um projeto de cunho nacional.

De fato, como destaca Gilberto Freyre, muitos dos problemas de desenvolvimento da população brasileira nos séculos XVI a XIX – posteriormente identificados como questões de saúde ou de desnutrição – eram até então vinculados aos “traços de vida estéril e de físico inferior que geralmente se associam às sub-raças: ao sangue maldito das chamadas raças inferiores”⁷³⁴. Assim, não somente as raças subjugadas, mas também as derivadas da miscigenação – tão fundamental para a formação do povo brasileiro e para o povoamento do imenso

⁷³² A sustentação teórica a essa visão de mundo é fornecida pela antropologia européia da época, marcada pelo darwinismo social de teóricos como Renan, Le Bon, Taine e Gobineau. Os estudos deste último têm especial impacto no Brasil, pois o francês Conde de Gobineau, que visitou o Brasil em 1869, como enviado de Napoleão, introduziu a ideia de degeneração das raças, em razão do dano causado pela mistura e, por conseguinte, entendia inviável o progresso de sociedades compostas por “sub-raças mestiças não civilizáveis” (SCHWARCZ, L. M., op. cit, p. 83).

⁷³³ Ibidem, p. 76.

⁷³⁴ FREYRE, G.. **Casa Grande e Senzala**. São Paulo: Global, 2013, p. 33-34.

território – carregavam a culpa pela degradação dos descendentes da raça branca “superior”.⁷³⁵

A assistência aos enfermos, quando efetivamente uma doença era assim considerada, se dava em redes de solidariedade social no âmbito da organização rural latifundiária dominante na formação brasileira, com base familiar e patriarcal⁷³⁶. Para além da assistência de base familiar, os enfermos apenas podiam contar com a eventual assistência da caridade pública, por intermédio das Santas Casas de Misericórdia, mantidas sobretudo pela Igreja Católica.^{737,738}

Com efeito, o maior impacto do darwinismo social se verifica na produção do conhecimento médico. O maior polo de reprodução desse conhecimento, na Primeira República, se estabeleceu na Faculdade de Medicina da Bahia, em especial pelos autodenominados seguidores da “Escola Nina Rodrigues”, que condenavam a mestiçagem e ressaltavam a diferença entre as raças. O desenvolvimento dessa premissa levou a escola baiana a disputar contra as Faculdades de Direito a hegemonia do discurso sobre a medicina legal e a antropologia criminal, adotando postura crítica em relação ao postulado da igualdade entre os indivíduos defendido pelos juristas⁷³⁹. Nina Rodrigues criticava, por exemplo, o Código Penal, que estaria equivocado ao punir da mesma forma pessoas de raças com níveis de evolução diversos. Para ele, a igualdade pressuposta pelos homens da lei, afinal, não tinha embasamento científico.⁷⁴⁰

O sucesso de tais teorias raciais, observado no Brasil desde os anos de 1870, começa a ser questionado nos anos de 1910 e 1920 e passa a ser superado a partir

⁷³⁵ Idem. **Médicos, doentes e contextos sociais**: uma abordagem sociológica. Rio de Janeiro: Globo, 1983, p. 84.

⁷³⁶ Essa situação foi bem descrita por Oliveira Viana: “Outro costume de solidariedade entre vizinhos é o costume da assistência aos enfermos, o piedoso costume de *fazer quarto* aos mortos, costume que, nas populações rurais, se reveste da santidade dos deveres sagrados” (VIANA, O.. **Populações Meridionais do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 232).

⁷³⁷ SOUZA, C. M. C. de; BARRETO, M. R. N.. **História da Saúde na Bahia**: instituições e patrimônio arquitetônico (1808-1958). São Paulo: Manole/Fiocruz, 2011, pp. XVIII-XIX.

⁷³⁸ No mesmo sentido: FARIA, L. R. de; SANTOS, L. A. de C.. **A Reforma Sanitária no Brasil**: ecos da Primeira República. Bragança Paulista, EDUSF, 2003, p. 21.

⁷³⁹ SCHWARCZ, L. M., op. cit., p. 272.

⁷⁴⁰ Ibidem, pp. 278-279.

dos anos 30. A reação é coerente com a adoção gradual pelo Brasil das características das sociedades liberais, nas quais a subordinação de classes é determinante para a condição social do indivíduo, mas é suficientemente aberta e parcial para ser considerada algo contingente e até mesmo arbitrário⁷⁴¹. Assim, a razão central para a crítica ao determinismo gerado pela ideia de “degeneração da raça” era a condenação do futuro do projeto de nação brasileiro. Entendeu-se necessário adotar pressupostos de diferenças e hierarquia entre as raças sem, necessariamente, condenar a mestiçagem, já tão avançada no Brasil, de modo a viabilizar um futuro nacional. Nesse contexto, ganha espaço a incorporação original e criativa de uma prática política “avançada” do darwinismo social: a eugenia.⁷⁴²

No Brasil, a adoção da visão eugênica orientou a criação de políticas públicas estatais para o progresso da nação que tinham na reforma da saúde um elemento essencial para a “melhoria da raça brasileira”⁷⁴³. A orientação da atuação sob esse paradigma se deu em duas frentes. A primeira, na atuação interna em prol do controle de epidemias nas cidades⁷⁴⁴ e da separação entre os doentes e os sãos, ou melhor, entre os regeneráveis e não regeneráveis⁷⁴⁵. A segunda, para promover um processo imigratório, sobretudo do ocidente europeu, com a intenção de purificar a raça e promover a “arianização do Brasil”.⁷⁴⁶

Assim, no plano interno, ganha espaço a prática da higiene social e as intervenções sanitaristas. Esse movimento se dá com a superação de leituras eugênicas mais radicais, que pregavam desde o abandono dos degenerados ao destino que lhes reservava a seleção natural até a esterilização desse grupo. Vence

⁷⁴¹ UNGER, R. M. **O Direito na Sociedade Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 182.

⁷⁴² O termo *eugenia* (*eu*: boa, *genus*: geração) foi criado em 1883 pelo cientista britânico Francis Galton, naturalista e geógrafo especialista em estatística. O movimento originado a partir dos ensaios iniciais de Galton se dirige à administração científica e racional da hereditariedade. No campo prático, se traduzia na adoção de políticas sociais intervencionistas direcionadas à deliberada seleção social por intermédio da intervenção na reprodução das populações (SCHWARCZ, L. M., op cit., pp. 78-79).

⁷⁴³ FARIA, L. R. de; SANTOS, L. A. de C., op. cit., p. 19.

⁷⁴⁴ SOUZA, C. M. C. de; BARRETO, M. R. N.. **História da Saúde na Bahia**: instituições e patrimônio arquitetônico (1808-1958). São Paulo: Manole/Fiocruz, 2011, pp. XIX-XX.

⁷⁴⁵ SCHWARCZ, L. M., op. cit., p. 305.

⁷⁴⁶ FARIA, L. R. de; SANTOS, L. A. de C., op cit, p. 43.

a visão de que se tornara necessário “cuidar da raça” e que a execução de tal tarefa cabia aos médicos. Nessa empreitada, se notabilizou a atuação da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, que produziu expoentes da higiene social e do sanitarismo, como Oswaldo Cruz e Carlos Chagas. Para a escola carioca, o discurso eugênico é incorporado para ampliar os espaços sociais de atuação médica, bem como para justificar sua intervenção, mesmo que autoritária⁷⁴⁷, no exercício de controle da população. Em que pese o uso pragmático da teoria em prol de uma atuação institucional autoritária, a escola carioca encontrou nessa prática de controle social um espaço de produção científica original, sobretudo nos estudos e na descoberta de novas doenças tropicais, tais quais a febre amarela e o mal de Chagas.

Além disso, a adoção pelo Estado das práticas sanitaristas e de higiene social conduz à institucionalização e especialização de órgãos estatais para o trato da saúde pública. O primeiro passo dessa atuação se dá com a criação, ainda nos idos de 1897, da Diretoria-Geral de Saúde Pública (Decreto 2.449/87), que nasce com a missão de unificar os serviços de higiene da União, mas mantém sua atuação muito focalizada na Capital Federal. Avanço maior representou a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública em 1920 (Decreto 3.987), sob a administração do Presidente Epitácio Pessoa, que surge com vocação de abrangência nacional para fazer frente à pretensão do próprio Presidente, que vinculava o “futuro da nacionalidade” à melhoria das condições das populações rurais e ao “aperfeiçoamento da raça”⁷⁴⁸. A partir de então, se observa evolução no campo sanitário, de um lado, com o estabelecimento de uma burocracia técnica da saúde e, de outro, com a politização dos temas sanitários.

No plano externo, se dá o incentivo às imigrações, mas não sem um controle cuidadoso e restrições que evitassem a vinda de raças indesejadas. Assim, o país

⁷⁴⁷ Exemplo de reação à unilateralidade destas ações sanitárias foi a Revolta da Vacina, insurgência popular que se deu no Rio de Janeiro, então capital brasileira, que foi o maior alvo das ações médicas (BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da Saúde Pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2011, pp. 24 e 27-29).

⁷⁴⁸ FÁRIA, L. R. de; SANTOS, L. A. de C., op. cit., pp. 31-35.

recebeu grande contingente de imigração de origem europeia⁷⁴⁹ e, ainda no limiar do século XIX, a reeuropeização do país cria um abismo, que irá se intensificar a partir de 1930, com o início do processo de modernização em ampla escala. A linha da divisão social passa a ser traçada entre os setores “europeizados”, que se adaptaram às novas demandas produtivas e sociais, e os setores “não europeizados”, que, abandonados, tenderam à crescente e permanente marginalização.⁷⁵⁰

Os ideais eugenistas, como visto, forneceram suporte para algumas medidas concretas para o início da atuação estatal na saúde pública. Por outro lado, a divisão estabelecida entre “perfectíveis e degenerados” serviu a um esforço deliberado para tornar mais turvas as divisões econômicas e sociais já enraizadas. Com o argumento da raça, com o qual a nação tanto se identificava, as oligarquias e a elite intelectual se uniam para explicar “sucessos políticos, fracassos econômicos ou hierarquias sociais assentadas”.⁷⁵¹

Os bacharéis, assim como os médicos, contribuíram com essa construção, pois também consideravam que era sua a missão de guiar a nação e construir seu futuro. Tal percepção é presente desde o nascimento das duas primeiras Faculdades de Direito do país (São Paulo e Olinda/Recife), que foram erigidas já com a missão de constituir uma *intelligentsia* local apta a enfrentar os problemas específicos da nação brasileira. No âmbito de tais escolas, o darwinismo social exerceu grande influência, mas foi incorporado de forma original para reconhecer, na questão da miscigenação, não apenas um problema, mas também uma “viabilidade nacional”.⁷⁵²

O diferencial da doutrina construída no Brasil em relação às matrizes europeias se encontrava no fato de adotar o referencial determinista ao mesmo

⁷⁴⁹ LIND, M.. **The Next American Nation: the new nationalism and the fourth American Revolution.** Nova Iorque: Free Press, 1995, p. 65.

⁷⁵⁰ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, pp. 171-172.

⁷⁵¹ SCHWARCZ, L. M., op. cit., p. 307.

⁷⁵² Ibidem, p. 202.

tempo em que resguardava espaço para “uma boa mestiçagem”, ou seja, para os juristas brasileiros, a miscigenação poderia conduzir a caminho diverso da degeneração⁷⁵³. A rejeição ao puro determinismo racial, contudo, não conduziu ao descarte da perspectiva evolutiva. Ao lado da igualdade formal apregoada pela norma, mantinha-se o postulado da desigualdade entre os homens e suas raças, mas o reconhecimento de seu potencial de “evolução e perfectibilidade” justificava a ação do Estado soberano, que estava acima das diferenças econômicas e raciais. Assim, o modelo político liberal, o evolucionismo científico e as necessidades nacionais foram operados com maestria pelos “homens da lei”⁷⁵⁴.

O discurso do direito, partidário da defesa do modelo liberal, produziu um contraponto ao determinismo apregoado pelas faculdades de medicina, uma vez que se buscava encontrar no direito uma prática acima das diferenças sociais e raciais. Ocorre que as conquistas políticas de igualdade formal, sedimentadas nos textos jurídicos, eram negadas no plano prático, e a incorporação das teorias deterministas permitiu “transformar diferenças sociais em barreiras biológicas fundamentais”⁷⁵⁵. Assim, juristas e médicos, a despeito de seu conflito pela hegemonia do discurso científico, colaboraram para que racismo e o liberalismo político, teorias aparentemente contraditórias, atuassem conjuntamente para orientar os rumos da saúde e de diversos outros aspectos da sociedade brasileira durante a Primeira República.

A contradição, de fato, é só aparente. Como assevera Roberto Mangabeira Unger, a ordem baseada em direitos individuais, que, regra geral, é tomada como base definidora da sociedade liberal, tem sempre operado em conjunto com um espectro muito diferente de práticas e ideias que não se conformam à fórmula liberal. Assim, os direitos individuais têm coexistido com formas de organização que

⁷⁵³ Ibidem, p. 221.

⁷⁵⁴ Ibidem, p. 238.

⁷⁵⁵ Ibidem, p. 316.

acabam por negar o sentido social desses direitos⁷⁵⁶. Tal situação, no campo da saúde brasileira, é bem ilustrada no seguinte trecho da obra de Lília Schwarcz:

De um lado, a fala dos “homens de medicina”, que viam na mistura de raças o nosso maior veneno e se responsabilizavam pela descoberta do antídoto; de outro, “os homens da lei”, que apenas teoricamente se afastavam desse debate, já que oficialmente defendiam a adoção de um Estado liberal no país, mas, temerosos com os efeitos da Grande Guerra e da mestiçagem acelerada, ponderavam sobre a justeza de “se agir sobre o perfil de nossa população, composta por tantas raças desiguais, e talvez pouco preparada para o exercício da cidadania.”⁷⁵⁷

Esse cenário de articulação criativa de teorias estrangeiras, pensamento jurídico, produção médico-científica e desenvolvimento institucional é que permeia o contexto do que viria a ser a redação dos artigos 10 e 138 da Constituição de 1934. O novo paradigma constitucional, como visto, permitiu dar um passo além da imitação do modelo americano e do foco nos direitos individuais que marcou a Constituição de 1891.⁷⁵⁸

Desse período inicial de formação da saúde pública no Brasil, contudo, permanece um danoso legado: a naturalização do tratamento desigual ou da exclusão de um vasto segmento populacional de subcidadãos, a despeito das normas jurídicas vigentes. O descompasso profundo e persistente entre norma e realidade no âmbito do acesso à saúde atravessou o século XX e até hoje ecoa negativamente na construção incessante do Sistema Único de Saúde moldado pela Constituição de 1988.

1.2. Segmentação e precarização do acesso à saúde

Um segundo legado ainda presente na saúde brasileira é a segmentação, ou seja, a oferta diferenciada dos serviços de saúde aos diversos segmentos da sociedade. A formação de tal legado se deu durante a Era Vargas, embora tenha

⁷⁵⁶ UNGER, R. M.. **The Critical Legal Studies Movement**: Another Time, a Greater Task. Cambridge/Londres: Verso, 2015, pp. 187-188.

⁷⁵⁷ SCHWARCZ, L. M., op. cit., p. 317.

⁷⁵⁸ CHACON, V.. **Vida e Morte das Constituições Brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 99-126.

raízes ainda na Primeira República e seu aspecto mais evidente está na “dualidade institucional”⁷⁵⁹ da condução das políticas públicas de saúde pelo Estado Brasileiro. De um lado, o Ministério do Trabalho orientava a oferta de saúde ao trabalhador, que tinha direito assegurado à assistência médica como contraprestação às contribuições de caráter previdenciário⁷⁶⁰. De outro, as políticas de saúde pública foram centralizadas no Ministério da Educação e da Saúde Pública, sob a direção de Francisco Campos⁷⁶¹, contudo, o acesso a esses serviços não constituía direito social dos cidadãos brasileiros⁷⁶². Tal dualidade estava implicitamente baseada na prática política do governo revolucionário, que foi denominada por Wanderley Guilherme dos Santos como “cidadania regulada”.⁷⁶³

O germe desse processo é observado ainda na década de 1920, com a gradativa instituição das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), cuja regulamentação se deu pela Lei Eloy Chaves, de 1923. Além de proteção previdenciária, tais instituições prestavam assistência à saúde aos trabalhadores e a suas famílias, com base em recursos oriundos das contribuições de empregadores, trabalhadores e do Estado⁷⁶⁴. O alcance das CAPs, contudo, foi restrito, em 1932 existiam cerca de 140 delas, com abrangência aproximada de, apenas, 200 mil segurados⁷⁶⁵. As grandes mudanças vieram a partir de 1933, com a criação do Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos, que deu início a importante processo de transformação e ampliação das CAPs para os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs), destinados a diversas categorias profissionais e a parcelas muito mais amplas da sociedade brasileira. Tal alteração institucional

⁷⁵⁹ FONSECA, C. M. O.. **Saúde no Governo Vargas (1930-1945):** dualidade institucional de um bem público. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, *passim*.

⁷⁶⁰ Ibidem, pp. 260-261.

⁷⁶¹ BERTOLLI FILHO, C.. **História da Saúde Pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2011, p. 30.

⁷⁶² FONSECA, C. M. O., op. cit., p. 261.

⁷⁶³ SANTOS, W. G.. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979, p. 75.

⁷⁶⁴ RODRIGUES, P. H. de A.; SANTOS, I. S.. **Saúde e Cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS**. São Paulo: Editora Atheneu, 2009, pp. 65 e 73.

⁷⁶⁵ CARVALHO, J. M. de. **Cidadania no Brasil, o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 113.

representa a formação de uma política social baseada em categorias profissionais e, no âmbito da saúde, a organização dos serviços destinados aos trabalhadores.⁷⁶⁶

Os IAPs trouxeram duas marcantes inovações. Em primeiro lugar, deixaram a vinculação às empresas, conforme ocorria com as CAPs, e passaram a se basear em categorias profissionais amplas (comerciários, bancários, industriários, transportadores, servidores públicos, entre outros). Em segundo, a administração dos institutos não era apenas privada. O governo integrou-se ao novo sistema criado⁷⁶⁷ e constituiu os IAPs como entidades autárquicas vinculadas ao Ministério do Trabalho⁷⁶⁸. Em verdade, o controle estatal sobre os institutos era intenso, pois o governo federal, além de indicar o presidente de cada IAP, passou também a nomear, a partir de 1934, os próprios representantes dos empregadores e trabalhadores.⁷⁶⁹

Assim, à medida que as diferentes profissões eram reconhecidas e definidas em lei, o escopo dos direitos associados a estas profissões era ampliado⁷⁷⁰ e, inclusive, se fazia acompanhar de uma organização institucional correspondente (o respectivo IAP), que provia os meios de usufruto da proteção social ofertada. A extensão da cidadania se dava, portanto, por esse processo de regulamentação das profissões e, por conseguinte, a cidadania estava “embutida” na profissão. Tal associação entre cidadania e ocupação profissional – a cidadania regulada – teve o efeito imediato de tornar “pré-cidadãos”⁷⁷¹ todos aqueles que não tinham ocupação laboral ou cuja ocupação a lei desconhecesse: trabalhadores rurais, trabalhadores domésticos, desempregados, subempregados, empregados instáveis, profissões não reconhecidas, entre outros. Assim, ao mesmo tempo em

⁷⁶⁶ BERTOLLI FILHO, C., op. cit., p. 30-34.

⁷⁶⁷ CARVALHO, J. M. de, op. cit., p. 114.

⁷⁶⁸ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 140.

⁷⁶⁹ RODRIGUES, P. H. de A.; SANTOS, I. S., op. cit., p. 75.

⁷⁷⁰ SANTOS, W. G., op. cit., loc. cit.

⁷⁷¹ Ibidem.

que era preservada a herança da subcidadania, realizava-se um processo “estratificação ocupacional” da sociedade.⁷⁷²

Tal estratificação se refletiu claramente no campo do acesso à saúde. A criação dos IAPs foi acompanhada da valorização e ampliação da oferta da assistência médica como benefício aos trabalhadores. A saúde, antes vista como um serviço excepcional, foi colocada em pé de igualdade com outras proteções de caráter previdenciário⁷⁷³. A natureza e a qualidade da assistência médica ofertada dependiam, contudo, da categoria profissional e, portanto, do instituto ao qual o trabalhador estava vinculado. Isso porque o acesso à saúde era guiado pela lógica contributiva previdenciária, ou seja, dependia da contribuição média que cada categoria profissional oferecia ao seu respectivo instituto. Dessa forma, “quanto mais bem aquinhoadas fosse a categoria profissional na esfera da produção, melhor também o seria na esfera da compensação, isto é, no que diz respeito aos benefícios previdenciários e à assistência médica”⁷⁷⁴. A variação dos benefícios concedidos pelos diferentes institutos era, portanto, muito ampla⁷⁷⁵. A categoria dos bancários, uma das mais privilegiadas, contava com atendimento médico-hospitalar e assistência farmacêutica, enquanto o instituto dos industriários, por seu turno, não ofertava qualquer serviço médico, mas tão somente a proteção de auxílio-doença⁷⁷⁶. As desigualdades iam, portanto, além da exclusão dos grupos populacionais marcados pela subcidadania, pois alcançavam também os diferentes segmentos profissionais regulamentados.

As mencionadas assimetrias geravam intensos conflitos sociais e políticos, tanto por aqueles que buscavam ingressar na “arena da cidadania”⁷⁷⁷, através da regulamentação de determinada ocupação profissional, quanto pela disputa distributiva dos recursos disponíveis entre aqueles que já haviam nela ingressado.

⁷⁷² Ibidem.

⁷⁷³ RODRIGUES, P. H. de A.; SANTOS, I. S., op. cit., p. 76.

⁷⁷⁴ SANTOS, W. G., op. cit., p.78.

⁷⁷⁵ Nesse sentido, conferir o quadro detalhado em: WERNECK VIANNA, M. L. T, op. cit, p. 279 (quadro 9).

⁷⁷⁶ RODRIGUES, P. H. de A.; SANTOS, I. S., op. cit., loc. cit.

⁷⁷⁷ SANTOS, W. G., op. cit., pp. 77-78..

Foi instalada, portanto, a competição entre categorias profissionais com a finalidade de se conquistarem mais privilégios, competição esta estimulada pelo Poder Público, que distribuía assimetricamente os benefícios e, assim, controlava a estratificação da clientela⁷⁷⁸. A discriminação resultante desse processo aparecia, a princípio, como justa, pois seguiria os princípios do mercado ao valorizar a mão-de-obra mais qualificada ou mais escassa. Na prática, contudo, implicou em discriminação baseada no gradiente de renda, pois as categorias com melhores salários podiam contribuir mais e, em retorno, recebiam mais benefícios⁷⁷⁹. Dessa forma, “a universalidade aparente da lei em sua partição profissional convertia-se em desigualdade entre os cidadãos via sistema previdenciário”.⁷⁸⁰

Assim, em que pese ser inegável o avanço alcançado durante a “era dos direitos sociais”⁷⁸¹, quando se instituiu a Medicina Social no Brasil⁷⁸², é importante compreender que ali se estabeleceu, entre governo e sociedade, um arranjo segmentado que viria a marcar a trajetória da saúde brasileira pelas décadas seguintes⁷⁸³. A complexa engenharia institucional criada pelo Governo de Vargas logrou, portanto, estabelecer um modelo de proteção social previdenciária que, ao mesmo tempo, definia os critérios de distinção entre incluídos e excluídos e estratificava os incluídos pela segmentação corporativa baseada nas categorias profissionais e seus respectivos institutos. Nesse processo, se sobressai a combinação entre o autoritarismo político e o controle exercido pela burocracia técnica (tecnocracia)⁷⁸⁴, que se desenvolveu em conjunto com os IAPs e manteve-se mesmo após o fim do regime varguista.⁷⁸⁵

⁷⁷⁸ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 141.

⁷⁷⁹ SANTOS, W. G., op. cit., p. 77.

⁷⁸⁰ Ibidem.

⁷⁸¹ CARVALHO, J. M. de. **Cidadania no Brasil, o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 123.

⁷⁸² WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 140.

⁷⁸³ FONSECA, C. M. O.. **Saúde no Governo Vargas (1930-1945): dualidade institucional de um bem público**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, p. 263.

⁷⁸⁴ BONAVIDES, P.; ANDRADE, P.. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra Política, 1988, p. 333.

⁷⁸⁵ Quanto a essa questão, Vamireh Chacon afirma a existência de um “corporativismo tecnicista” e destaca que “a consolidação tecnoburocrática chegaria ao ponto de constituir-se, no Estado Novo, em Quarto Poder (...), sobrevivente e paralelo, após 1945, ao lado dos Poderes Executivo,

De fato, o sistema organizado no início da década de 30 foi solidamente institucionalizado, tanto que condicionou a estrutura das relações sociais até o novo período autoritário iniciado em 1964⁷⁸⁶. Assim, o período da “ordem democrática limitada”⁷⁸⁷, entre o fim do Estado Novo e o regime militar, não mudou o perfil das ações do governo em relação à saúde⁷⁸⁸. A Constituição de 1946, a exemplo das anteriores, não garantiu o direito à saúde, tampouco tratou de forma expressa esse assunto⁷⁸⁹, mas apenas atribui à União a competência para legislar sobre o tema⁷⁹⁰. Conforme destaca Paulo Bonavides, a Carta de 1946 em nada comprometeu a estrutura existente e “assegurava um Estado social de direito vazado na mais ampla tradição liberal dos juristas brasileiros”⁷⁹¹. Tal quadro contribuiu para a continuidade e a ampliação dos IAPs, que passaram a ser o principal meio de obtenção de serviços de saúde para o trabalhador regular e seus dependentes⁷⁹². Dessa forma, o sistema cresceu, mas manteve as marcas da exclusão e da segmentação, pois promovia a incorporação apenas daqueles segmentos da população acima de determinada linha da pirâmide social.⁷⁹³

As mudanças nessa forte segmentação somente se iniciaram em 1960, com a edição da Lei Orgânica da Previdência Social, que uniformizou os serviços e benefícios prestados pelo sistema previdenciário, embora não os tenha unificado. A referida lei desvinculou a prestação de serviços de assistência médica das categorias profissionais e, assim, golpeou a prática da cidadania regulada então

Legislativo e Judiciário” (CHACON, V.. **Vida e Morte das Constituições Brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 179).

⁷⁸⁶ SANTOS, W. G. , op. cit., p. 78.

⁷⁸⁷ Ibidem, p. 79.

⁷⁸⁸ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., loc. cit..

⁷⁸⁹ LUCENA, C.. Direito à Saúde no Constitucionalismo Contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 256.

⁷⁹⁰ Conforme art. 5º, inciso XV, b, da Carta de 1946.

⁷⁹¹ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 142.

⁷⁹² Sobre tal ampliação, merece destaque o registro de Bertolli Filho: “Em 1945 existiam cerca de dois milhões de pessoas vinculadas aos institutos previdenciários. Duas décadas depois, esse número chegava a quase oito milhões de trabalhadores, sem contar os dependentes. Com a sucessão de leis federais que garantiam o atendimento de saúde aos segurados, as caixas e os institutos foram forçados a aumentar a porcentagem destinada ao pagamento de tratamentos médicos: inicialmente esse índice era de apenas 5% da arrecadação anual, mas foi se elevando até representar cerca de metade do dinheiro arrecadado por ano” (BERTOLLI FILHO, C.. **História da Saúde Pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2011, p. 43)

⁷⁹³ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 142.

estabelecida⁷⁹⁴. As tensões sociais derivadas dessa ordem estabelecida, contudo, não receberam respostas institucionais mais efetivas e se expressaram pela radicalização de demandas e pela intolerância política crescente entre os diferentes atores sociais. Resultou, assim, em um dos elementos que viriam a produzir o contexto de paralisia governamental e administrativa anteriores à instalação do regime militar, em 1964.⁷⁹⁵

No período autoritário militar é que se observam iniciativas para modernizar o sistema previdenciário, incluída a assistência à saúde, de modo a alcançar “os grupos de baixo”, por meio do reconhecimento como cidadãos de segmentos antes excluídos, tais quais os trabalhadores rurais, empregados domésticos e autônomos⁷⁹⁶. A instalação do regime autoritário militar alterou a lógica da integração seletiva então estabelecida e buscou universalizar a cobertura previdenciária. Para tanto, organizou ordenamento político fechado e repressor das demandas sociais, que desmobilizou os canais de demandas por melhorias de serviços e ampliação de benefícios. Ao abordar tal contexto, Maria Lúcia Werneck Vianna afirma que a hierarquização da cidadania foi substituída pelo seu nivelamento a um estatuto inferior.⁷⁹⁷

De fato, no regime militar, assistiu-se à tentativa de mudança do modelo anterior de assistência médico-previdenciária. No campo jurídico, a própria Constituição de 1967 expressou como um direito do trabalhador a “assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva”⁷⁹⁸. No mesmo ano, os IAPs foram concentrados em um único órgão vinculado ao Ministério do Trabalho, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que unificou diversos benefícios bastante diferentes entre as corporações, além de promover o fim da segmentação e a

⁷⁹⁴ SANTOS, W. G., op. cit., pp. 78-79.

⁷⁹⁵ Ibidem, pp. 81-82.

⁷⁹⁶ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 142.

⁷⁹⁷ Ibidem.

⁷⁹⁸ Artigo 158, inciso XV. Vale destacar que tratamento diferente não foi dado na oportunidade de outorga da Emenda Constitucional nº 1 ou Constituição de 1969, que, nos dizeres de Vamireh Chacon, representou uma atípica “tabela de entradas e saídas de muitos direitos do Estado e poucos do cidadão” (CHACON, V.. **Vida e Morte das Constituições Brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 208).

unificação institucional. Tal unificação constituiu, assim, um primeiro passo rumo à universalização dos serviços de saúde, especialmente porque expandiu significativamente o alcance da Previdência Social e, por consequência, da assistência médica ao trabalhador e seus beneficiários⁷⁹⁹. Ao tempo em que se expandiu o acesso, ele também se tornou menos desigual, uma vez que as unidades do INPS deveriam promover atendimento uniforme aos antigos segurados dos IAPs, ao contrário do que ocorria até então⁸⁰⁰. A instituição do referido órgão remodelou, assim, a dualidade do sistema de saúde brasileiro, pois, de um lado, o INPS centralizou a responsabilidade de tratar os doentes individualmente e, de outro, ao Ministério da Saúde, com recursos bem inferiores, incumbia elaborar e executar programas sanitários e preventivos, além de assistir a população nas epidemias.⁸⁰¹

Tal expansão do alcance dos direitos sociais, contudo, não se fez acompanhar de estrutura capaz de assegurar o seu exercício, situação que “tornou precária a cidadania que se universalizava”⁸⁰². Ao aumento do número de beneficiários não correspondeu incremento dos recursos financeiros necessários para prover o adequado atendimento, pois os novos integrantes do sistema não haviam contribuído anteriormente para o INPS⁸⁰³. Assim, a qualidade dos serviços públicos foi sendo reduzida. De imediato, o impacto foi sentido pelas categoriais mais valorizadas, que estavam vinculadas anteriormente aos institutos com melhores serviços próprios⁸⁰⁴, mas, com o tempo, problemas como os baixos preços pagos pelos serviços médico-hospitalares, as demoras de transferências das verbas do INPS e as fraudes na administração das unidades determinaram a “fragilidade desse sistema de atendimento à população”⁸⁰⁵. Desenhava-se, assim,

⁷⁹⁹ Ibidem, p. 144 e 146.

⁸⁰⁰ RODRIGUES, P. H. de A.; SANTOS, I. S.. **Saúde e Cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS**. São Paulo: Editora Atheneu, 2009, p. 79.

⁸⁰¹ BERTOLLI FILHO, C.. **História da Saúde Pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2011, pp. 51-54. No mesmo sentido: RODRIGUES, P. H. de A.; SANTOS, I. S., op. cit., p. 81.

⁸⁰² WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 144.

⁸⁰³ Na base do problema de financiamento do INPS está a substituição do regime de arrecadação baseado em capitalização das contribuições para o regime de caixa, no qual as contribuições ficam vinculadas as receitas atuais (RODRIGUES, P. H. de A.; SANTOS, I. S., op. cit., pp. 79-80).

⁸⁰⁴ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 146.

⁸⁰⁵ BERTOLLI FILHO, C., op. cit., p. 55.

um terceiro legado histórico ainda muito presente na realidade do SUS: a combinação entre universalização e precarização dos serviços públicos de saúde.

Em conjunto com o movimento acima descrito, observou-se, nas décadas de 60 e 70, a crescente privatização da assistência médica promovida pelo Estado, que se institucionalizou mediante a captura da despesa social por grupos privados⁸⁰⁶. O investimento em unidades próprias foi, assim, paulatinamente substituído pela compra dos serviços médicos no setor privado, com respaldo, inclusive, no então recém-editado Decreto nº 200/1967, que determinou, em seu artigo 156, § 2º, a preferência por essa modalidade⁸⁰⁷. Do ponto de vista do acesso dos serviços ao cidadão, a consequência da expansão desse modelo foi que, ao contrário de ser universalizado, o atendimento sujeitou-se a limitações econômicas decorrentes dos preços atribuídos aos serviços, resultando em restrições diferenciadas de acesso para muitos usuários⁸⁰⁸. Do ponto de vista do sistema, os grupos privados passaram a se beneficiar de um mercado cativo que permitiu sua expansão e, posteriormente, a redução de dependência em relação ao investimento público⁸⁰⁹. Nesse processo de ganho de autonomia, o setor privado contou, para além da compra direta de serviços pelo INPS, com estímulo estatal para o estabelecimento de convênios atrelados às empresas empregadoras (os convênios-empresa). Embora pouco difundido, esse modelo legitimou o movimento posterior de empresariamento da medicina no Brasil, por meio da chamada medicina de grupo, das cooperativas médicas, além dos planos de saúde.⁸¹⁰

Dessa forma, quando o crescimento econômico do país passou a sustentar demanda significativa de serviços médicos massificados e de boa qualidade, o setor

⁸⁰⁶ Conforme destaca Luiz Andrade, o modelo médico-assistencial então mantido pela ditadura assentava-se na formação e na manutenção de três papéis principais: o Estado, como grande financiador por intermédio da Previdência Social; o setor privado nacional assistencial-curativo, como grande prestador de serviços; e o setor internacional, como grande fornecedor de insumos, equipamentos biomédicos e medicamentos (ANDRADE, L. O. M. de. **SUS Passo a Passo – Normas, Gestão e Financiamento**. São Paulo: Hucitec, 2001, p. 20).

⁸⁰⁷ RODRIGUES, P. H. de A.; SANTOS, I. S., op. cit., p. 81

⁸⁰⁸ CASTRO, M. F. de. Dimensões Políticas e Sociais do Direito Sanitário Brasileiro. In: ARANHA, M. I.. **Direito Sanitário e Saúde Pública: coletânea de textos**. Brasília: Editora MS, v. 1, 2000, p. 384.

⁸⁰⁹ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., pp. 146-147.

⁸¹⁰ Ibidem, pp. 147-148.

privado já estava preparado para recebê-la. Foi o que ocorreu, mas não sem o concurso do Estado, que contribuiu com dois importantes estímulos: o primeiro deles, a própria deterioração da qualidade dos serviços públicos, cujo declinante financiamento já foi mencionado; o segundo, a possibilidade de dedução de despesas com saúde no imposto de renda, cuja criação havia ocorrido no bojo das reformas fiscais introduzidas a partir de 1966⁸¹¹. Assim, em que pesem as iniciativas de universalização do acesso à saúde, pode-se identificar, durante o regime militar, a existência de “mecanismos de saneamentos às avessas do sistema público, dele expulsando os assalariados menos pobres”.⁸¹²

Mesmo a criação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps), em 1977, não alterou substancialmente tal situação. O Inamps foi instituído com o objetivo de aglutinar toda a assistência médica prestada pelos vários órgãos da Previdência Social e, por tal razão, representaria mais um passo rumo à ampliação do acesso à saúde no Brasil⁸¹³. O potencial da nova instituição para garantir expansão e qualidade do acesso à saúde esbarrou, contudo, em vários fatores. Um deles foi a força já adquirida pelo setor privado – muitas empresas já haviam instituído mercado estável ou não pretendiam mais se submeter ao controle estatal⁸¹⁴, permanecendo como opção atraente a quem pudesse adquirir os seus serviços.

Outro fator, ainda mais relevante, foi a ausência de uma efetiva universalização, isso porque os serviços mantinham seu caráter de contraprestação, situação que perpetuava a exclusão da população fora do mercado formal de trabalho (desempregados e trabalhadores informais)⁸¹⁵. Não à toa, ainda no final da década de 1970, Wanderley Guilherme dos Santos já afirmava a inconsistência e segmentação das políticas sociais do regime militar⁸¹⁶. Ou seja, mesmo as profundas mudanças no modelo de proteção social não foram capazes

⁸¹¹ Ibidem, pp. 148-149.

⁸¹² WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 147.

⁸¹³ RODRIGUES, P. H. de A.; SANTOS, I. S., op. cit., loc. cit.

⁸¹⁴ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 150.

⁸¹⁵ RODRIGUES, P. H. de A.; SANTOS, I. S., op. cit., loc. cit.

⁸¹⁶ SANTOS, W. G.. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979, p. 122.

de fazer o Brasil superar, de forma efetiva, os problemas mais candentes herdados até aquele momento. Maria Lúcia Werneck Vianna bem ilustra essa constatação ao buscar na comparação entre os dois períodos autoritários uma síntese para as contradições daquele momento histórico:

Sob o autoritarismo varguista, a política social serviu para incorporar, seletiva e hierarquicamente, o mundo do trabalho organizado à cidadania, diferenciando-o do 'resto' da população pobre; a ditadura recente disseminou direitos sociais entre os antes excluídos, mas nivelou esta cidadania social em patamares tão baixos que a estigmatizou, afastando do sistema público os trabalhadores formais e a imensa gama de novos segmentos médios assalariados – também criaturas do projeto modernizante.⁸¹⁷

A linha divisória entre cidadãos e subcidadãos moveu-se e transformou-se, mas permaneceu. Situação semelhante ocorreu com a segmentação, que, de mãos dadas com a precarização dos serviços públicos, se fez presente na seletividade direta e indireta da oferta dos cuidados de saúde.

1.3. As limitações da Reforma Sanitária Brasileira

Como visto, muitos dos problemas enfrentados pela população brasileira no acesso à saúde se perpetuaram mesmo após as reformas levadas a cabo durante o autoritarismo militar, mas apesar disso, há clara mudança na forma de organização da proteção social, especialmente no sistema de saúde. A trajetória do Brasil abandona a matriz de política social de natureza alemã – a estratégia bismarckiana⁸¹⁸ – e abraça modelo mais próximo ao norte-americano, tendência que, na saúde, se mostra ainda mais nítida durante a década de 1980, com a ampliação da autonomia do subsistema privado e a proliferação de “inovações financeiras”, que viabilizavam o acesso de parcelas cada vez maiores da população aos serviços privados.⁸¹⁹

⁸¹⁷ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 152.

⁸¹⁸ SANTOS, W. G., op. cit., p. 123.

⁸¹⁹ FAVERET, P.; OLIVEIRA, P. J.. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. **Planejamento e Políticas Públicas**, n, 3, pp. 139-162, 1990, p. 149.

O novo modelo configurado ao final do período autoritário militar estabeleceu-se de forma consistente, tanto que sobreviveu à decadência do referido regime. O processo de americanização se observa, de fato, no desenvolvimento gradual de um modelo de proteção social com características de forte influência de *lobbies* e grupos de interesse, autonomia do setor privado, exclusão de parte da população dos serviços públicos, exacerbado individualismo, descrédito das instituições, privatização do espaço público, uso de recursos públicos para compra de serviços no mercado, dentre outras características. Ocorre que, nas palavras de Werneck Vianna, a americanização da saúde, aqui, se deu de forma “perversa”, pois acompanhada de diversas distorções em relação ao seu paradigma. Tais distorções estão relacionadas a situações que aprofundam a injustiça no acesso à saúde no Brasil, mesmo em perspectiva ao também injusto sistema norte-americano, conforme destacamos ao final do Capítulo II.

A Reforma Sanitária brasileira realizada na década de 1980⁸²⁰ constitui forte movimento que busca transformar o contexto acima mencionado em práticas mais democráticas e de valorização da acepção mais ampla de cidadania⁸²¹. A democracia constituía ideia-força da reforma, tanto que Jairnilson Paim a define como uma reforma social centrada nos elementos da democratização da saúde, da democratização do Estado e da democratização da sociedade⁸²². Naquela oportunidade, segmentos progressistas ganhavam força com a decadência do regime autoritário e se articulavam para aumentar a rede de proteção social. No campo da saúde, houve notável participação de movimentos sociais, comunidades eclesiais de base, intelectuais, profissionais de saúde, dentre outros. Tais atores sociais se engajaram em várias questões: crítica às condições de saúde das populações marginais em grandes metrópoles e dos grupos carentes de forma

⁸²⁰ Vale registrar que, embora a Reforma Sanitária tenha se realizado na década de 1980, as ideias que a ela deram origem foram lançadas já na década anterior, notadamente com a criação do Cebes, em 1976, e da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco), em 1979. Nesse sentido, conferir: PAIM, J. S. **Reforma Sanitária Brasileira: contribuição para a compreensão e crítica**. Salvador: Edufba, 2013, pp. 171-172.

⁸²¹ GERSCHMAN, S.. **A Democracia Inconclusa: um estudo da Reforma Sanitária Brasileira**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004, p. 254.

⁸²² PAIM, J. S., op. cit, p. 173.

geral; crítica ao favorecimento do setor privado às custas dos recursos públicos; valorização da medicina comunitária; estímulo à participação social; efetiva universalização do acesso, etc.⁸²³

A derrota institucional do regime militar e a instituição da “Nova República” inauguraram fase de otimismo para o movimento reformista, que avançou em um processo que pode ser ilustrado por alguns marcos centrais: a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, a instalação da Comissão Nacional de Reforma Sanitária (CNRS), a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS) e o próprio processo constituinte⁸²⁴. O resultado formal desse processo foi o estabelecimento, na Constituição, de sistema avançado de Seguridade Social, que correspondia à expectativa que se criava em torno da nova política social – que era nada menos do que a efetiva transformação da realidade social brasileira⁸²⁵. A Constituição de 1988 garantia, assim, o acesso à saúde como direito de cidadania, de forma que vários dos brasileiros que permaneciam à margem do sistema de saúde passaram a fazer jus a tal acesso, tornando o SUS “uma das maiores políticas de inclusão social da história do País”.⁸²⁶

Ao lado do importante avanço político está a inovação jurídica. Até aquele momento, conforme destacamos anteriormente, as Constituições brasileiras haviam se limitado a consagrar os arranjos institucionais e políticos então existentes na sociedade, ou simplesmente a nada dispor sobre saúde. Assim, embora o pensamento jurídico e os juristas tenham ajudado a moldar os rumos da sociedade e do Estado brasileiros, o direito constitucional estava limitado à descrição, *a posteriori*, dos arranjos institucionais encontrados na prática.

Nesse ponto, a Constituição de 1988 desempenha, no campo da saúde, contribuição mais moderna: aponta novas possibilidades que as relações entre os

⁸²³ GERSCHMAN, S., op. cit, pp. 254-255.

⁸²⁴ PAIM, J. S., op. cit, p. 172.

⁸²⁵ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 150.

⁸²⁶ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revistas de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 10, n. 3, Brasília: UnB, 2016, p. 6.

cidadãos podem assumir. Não se restringe apenas a demarcar os espaços que os indivíduos já ocupam na sociedade existente⁸²⁷, mas, mais que isso, ao verter as bases não apenas de um novo direito à saúde, de caráter verdadeiramente universal, mas também de uma instituição para concretizá-lo – o SUS –, a Constituição de 1988 busca lançar mão do mais poderoso mecanismo de transformação social através do direito: o processo dialético que envolve “remodelar nossas instituições e práticas e reinterpretar nossos interesses e ideais”⁸²⁸. O direito constitucional brasileiro, no que toca à saúde, finalmente decide avançar, e não apenas aceitar o já existente. Consagra, então, a um só tempo, a saúde como direito fundamental e o SUS como garantia institucional fundamental.⁸²⁹

As teses dos reformistas, sedimentadas na 8ª Conferência Nacional de Saúde, lograram, assim, se impor no debate público e fazer valer a opção por modelo inspirado nos sistemas nacionais de saúde de acesso universal e integral. A nova ordem constitucional, contudo, não é criada a partir de um vazio, mas sim construída com base nas tradições e no contexto existente⁸³⁰. O novo ideal foi, assim, mitigado ao longo dos embates com fortes interesses contrapostos durante todo o processo da constituinte.

Dois pontos despertaram maior polarização e se prolongaram até o processo final de votação: o primeiro, mais essencial, dizia respeito à “natureza pública ou não dos serviços de saúde, com suas decorrentes implicações sobre o relacionamento entre os setores público e privado”⁸³¹. O segundo, oriundo do *lobby*

⁸²⁷ UNGER, R. M.. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1986, p. 24.

⁸²⁸ **The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task**. Cambridge/Londres: Verso, 2015, p. 12.

⁸²⁹ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F.. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (Orgs.). **La Protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 242, 258-259.

⁸³⁰ ROSENFELD, M.. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, pp. 34-53.

⁸³¹ RODRIGUEZ NETO, E.. **Saúde: promessas e Limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003, p. 82.

corporativo, dizia respeito à inclusão da Saúde Ocupacional como componente do SUS⁸³².

Quanto ao primeiro ponto, importante notar que, naquele momento, o setor privado já estava robusto e organizado, tanto no campo da prestação de serviços de saúde (o parque hospitalar era majoritariamente privado), como no mercado de seguros de saúde⁸³³. Naturalmente, ele lutaria pela manutenção de seu espaço na nova ordem constitucional e pela permanência na dualidade então característica da atuação estatal. Não por acaso, restaram asseguradas tanto a livre atuação à iniciativa privada (art. 199 da CF), quanto a possibilidade de execução dos serviços públicos de saúde pelo setor privado (art. 197). A ampla liberdade ao setor privado viria a se manifestar, mais à frente, na conformação da diversificada cobertura ofertada: complementar, suplementar e, em especial, a duplicada.

Quanto ao segundo, importante destacar que, além do *lobby* do setor privado, operavam também grupos de interesse em prol da manutenção do acesso diferenciado e dos privilégios corporativos, o que significava, na prática, a permanência de algum grau de segmentação na saúde. Tanto a classe média quanto os sindicatos de trabalhadores e associações profissionais manifestavam sua “ativa opção” pelo acesso ao atendimento diferenciado⁸³⁴. Tal movimento, embora não tenha logrado ser inserido na Constituição, fez valer seus interesses no processo de regulamentação que se seguiu.

A título de exemplo, pode-se mencionar a regulamentação dos planos e seguros privados de saúde realizada na gestão do Ministro da Saúde José Serra e instrumentalizada na aprovação da Lei 9.656 de 1998 e na criação da ANS, em 1999, ambas iniciativas voltadas para atender aos interesses da classe média⁸³⁵.

⁸³² Ibidem, pp. 68-69 e 82-83.

⁸³³ SANTOS, I. S. *et al.* O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1431-1440, 2008, p. 1432.

⁸³⁴ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 191.

⁸³⁵ COSTA, R. C. R. da. Descentralização, Financiamento e Regulação: a Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 18, pp. 49-71, 2002, p. 64.

Do lado das corporações estatais, a opção pela segmentação pode ser observada, nos anos posteriores, na atuação de entidades representantes de servidores públicos em prol do financiamento estatal a planos e serviços de saúde exclusivos. Tal atuação viria a representar a retirada da burocracia pública da trincheira de luta pela universalização do direito à saúde.⁸³⁶

O formato político definido para o SUS na Constituição passa, então, por seguidos embates com interesses bastante contrastantes no processo de implementação de políticas públicas inspiradas em seu caráter público e universal. Sucedem-se as divergências nas definições de eixos de direcionamento político do SUS e nas motivações dos atores envolvidos na sua implementação, contexto que contribui para que se estabeleça a “forte segmentação do sistema, sujeita aos impactos das oscilações da conjuntura política e econômica e ao legado de escolhas políticas passadas”⁸³⁷. A atuação pragmática do movimento sanitário, agora institucionalizado, consegue neutralizar algumas das consequências negativas que o crescimento da influência neoliberal e da fragmentação do corporativismo trariam para o SUS⁸³⁸, e a própria burocracia especializada que se formou na saúde constituiu elemento de pressão em favor dos programas que administravam. Além disso, os médicos sanitários ganharam certa ascendência sobre o padrão de recrutamento para os serviços de saúde⁸³⁹.

Apesar da resistência oferecida, os setores acima mencionados não foram capazes de prevenir a “implosão do conceito constitucional de Seguridade Social”⁸⁴⁰. O processo de legislação do setor de saúde não se fez acompanhar da efetivação das políticas públicas, dando ensejo à situação peculiar de se ter, finalmente, consagrado, na Constituição, o modelo de saúde a ser aplicado no país,

⁸³⁶ BAHIA, L.. The Brazilian health system between norms and facts: mitigated universalization and subsidized stratification. **Ciênc. saúde coletiva**, v. 14, n. 3, pp.753-762, 2009, p. 759.

⁸³⁷ GERSCHMAN, S.. Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde: União Européia e Brasil. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1441-1451, out. 2008, p. 1.446.

⁸³⁸ BAHIA, L.. The Brazilian health system between norms and facts: mitigated universalization and subsidized stratification. **Ciênc. saúde coletiva**, v. 14, n. 3, pp.753-762, 2009, p. 757.

⁸³⁹ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 76-77 e 172.

⁸⁴⁰ BAHIA, L., op. cit., p. 757.

mas sem se terem reunido as condições políticas necessárias para realmente implementá-lo. Em suma, a Reforma Sanitária, definida de forma bem-sucedida no plano jurídico, não foi revertida na pretendida melhoria do atendimento, da prevenção ou das condições de saúde da população⁸⁴¹.

Nesse cenário, as críticas que surgiram ao modelo público adotado assumiram ares de uma profecia que se autorrealiza, pois a ineficiência e a má qualidade dos serviços ofertados pelo sistema público justificavam, em um cenário de escassez de recursos (notadamente em 1992 e 1993), propostas favoráveis à revisão do pacto instituído pela Constituição.⁸⁴²

O relativo fracasso do experimento da Reforma Sanitária correspondeu à exitosa pavimentação do caminho para o formato americanizado de acesso à saúde, ao qual aderiram os cidadãos-consumidores que já eram portadores de direitos sociais universalizados⁸⁴³. A segmentação antes baseada na cidadania regulada – que fora ampliada e precarizada no período militar – dava “lugar não a direitos universais, mas a uma outra forma segmentação, mais excludente porque determinada pelo nível de renda”⁸⁴⁴. Estava novamente reconfigurado o sistema dual de proteção à saúde, com a focalização, de um lado, do atendimento do SUS às classes populares e, de outro, com o segmento privado voltado ao atendimento daqueles com renda que possibilitasse a remuneração pelos serviços. Tal segmentação ficaria ainda mais clara após a aprovação da Lei 9.656/98 e da criação da ANS, em 1999.

A evolução e consolidação desse processo é bem resumida por Telma Menicucci:

Duas lógicas seguem operando na política de saúde que se expressam em uma forma contraditória de expansão da assistência. De um lado, uma lógica publicista, traduzida nos esforços de viabilizar o SUS, mesmo que

⁸⁴¹ GERSCHMAN, S.. **A Democracia Inconclusa**: um estudo da Reforma Sanitária Brasileira. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004, p. 181.

⁸⁴² WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 193.

⁸⁴³ Ibidem, p. 189.

⁸⁴⁴ COSTA, R. C. R. da. Descentralização, Financiamento e Regulação: a Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 18, pp. 49-71, 2002, pp. 67-68.

voltado principalmente para os segmentos de menor poder aquisitivo, em um processo que, de certa forma, tornou-se irreversível. De outro lado, a lógica privatista, que tem como efeito a regulação do mercado, como forma de torná-lo mais eficiente, o que significa a ampliação da oferta e do consumo de planos e seguros de saúde. O encadeamento de processos e ações de diferentes atores ao longo de quatro décadas levou à constituição de uma determinada configuração público/privado na assistência à saúde cuja característica mais marcante é o seu caráter segmentado. A consolidação da dupla trajetória da assistência se expressa nos dispositivos legais, na configuração da rede prestadora, no perfil dos usuários e nos instrumentos regulatórios.⁸⁴⁵

Não é surpresa, portanto, que a mobilidade social durante o contínuo crescimento econômico observado no período de 2003 a 2008 tenha resultado em substancial crescimento do número de brasileiros com cobertura de planos de saúde, notadamente entre aqueles inseridos no mercado formal de trabalho e alçados a melhores faixas de renda.⁸⁴⁶

Como já destacado no primeiro capítulo, a expansão do sistema suplementar se manteve consistente na atual década, e, apesar da crise econômica atual, permanece a oferta de cobertura de contingente de aproximadamente ¼ da população brasileira. Paralelamente, experimenta-se a precarização e o subfinanciamento dos serviços de assistência prestados pelo SUS, expondo os (sub)cidadãos a serviços de difícil acesso ou mesmo à absoluta exclusão. Tais movimentos se comunicam; contudo, as relações estabelecidas entre público e privado ocorrem de forma implícita, baseadas na dubiedade da atuação estatal (especialmente na esfera federal), bem como em suas “não-decisões”, que geram consequências opostas ao seu próprio discurso^{847,848}.

⁸⁴⁵ MENICUCCI, T. M. G.. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 301.

⁸⁴⁶ COSTA, N. R.; VAITSMAN, J.. Universalization and Privatization: How Policy Analysis can Help Understand the Development of Brazil's Health System. **Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice**, v. 16, n. 5, pp. 441-456, out 2014, p. 451.

⁸⁴⁷ WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 150.

⁸⁴⁸ Tal contradição é especialmente observada na atuação da esfera federal. Por outro lado, o desenvolvimento da atenção primária de base comunitária pelos governos municipais constituiu a dimensão mais dinâmica do sistema público de saúde (COSTA, N. R.; VAITSMAN, J.. Universalization and Privatization: How Policy Analysis can Help Understand the Development of Brazil's Health System. **Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice**, v. 16, n. 5, pp. 441-456, out. 2014, p. 451).

Assim, em que pese o texto normativo apontar para a construção de um sistema nacional de saúde, a imbricação entre estatal e privado nos elementos estruturantes do sistema⁸⁴⁹ é que definiu a injusta prática institucional que se observa no contexto atual.

Ao longo do presente tópico, buscamos ilustrar o argumento de que o quadro de injustiça que atualmente se observa na saúde brasileira é fruto de construção histórica que teve como marcos centrais o sanitarismo na Primeira República, os governos autoritários varguista e militar e a Reforma Sanitária da década de 1980. Os aspectos fundamentais de tais paradigmas históricos não foram substituídos inteiramente pelos seus sucessores, mas sim formaram herança constituída em uma sucessão de transformações que sobrepuseram e transformaram os elementos estruturantes que caracterizavam o sistema de saúde em cada momento de nossa história recente.⁸⁵⁰

Os processos de mudança sempre tiveram em vista a construção e a reinvenção do que seria a cidadania e as consequências dela no campo da saúde. A permanente exclusão de determinados contingentes populacionais da dimensão da universalização e do atendimento de suas necessidades de saúde, seja na concepção das políticas, seja na alocação dos recursos públicos, cristalizou a segmentação regulada pelo Estado⁸⁵¹. Subcidadania, exclusão, segmentação e precarização se somam para formar o complexo e injusto sistema de saúde

⁸⁴⁹ SANTOS, I. S. *et al.* O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1431-1440, 2008, p. 1433.

⁸⁵⁰ As questões aqui levantadas continuam em voga e se mantêm como pontos centrais do debate atual sobre o futuro do sistema de saúde brasileiro. Nesse sentido, merece destaque recente debate realizado em junho de 2017 na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (DMP/FM/USP), cujo tema foi “Universalismo x segmentação: Para onde vai o sistema de saúde brasileiro?”. Sobre o conteúdo do debate, realizado entre Sueli Dallari e Lígia Bahia, conferir: FALCÃO, M.. **Universalismo X segmentação: Para onde vai o sistema de saúde brasileiro?** São Paulo, 24 jul. 2017. Rede Humaniza SUS. Disponível em: <http://www.redehumanizasus.net/96488-universalismo-x-segmentacao-para-onde-vai-o-sistema-de-saude-brasileiro>

Acesso em: 24 jul. 2017.

⁸⁵¹ BAHIA, L.. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciênc. saúde coletiva** [online], v. 13, n. 5, pp.1385-1397, 2008, p. 1391.

estabelecido no Brasil, que guarda notáveis semelhanças, nestes pontos, com o sistema de saúde norte-americano. Não à toa, o sistema existente mostrou-se tão refratário à proposta de reforma “inglesa” estabelecida pela Constituição de 1988.⁸⁵²

O ponto de vista privilegiado que o olhar retrospectivo oferece permite afirmar, quase três décadas depois de promulgada a CF/88, que o projeto progressista da Reforma Sanitária não alcançou seu pleno potencial e, até o momento, não logrou ir muito além de humanizar o programa conservador⁸⁵³ que o precedeu. Não obstante tais limitações, é de fundamental importância o fato de esta ter introduzido no cenário político e jurídico democrático uma nova noção de direito social universal, compreendido como atributo da “cidadania sem qualificações”⁸⁵⁴. A partir de então, a atuação estatal destinada à oferta dos serviços de saúde deixou de ser favor ou concessão, já que passou a representar a execução do dever do Estado correspondente ao direito de titularidade do cidadão. Com a aquisição de status de direito social a uma prestação, a saúde passa a ser exigível na condição de direito subjetivo e mesmo na esfera individual.⁸⁵⁵

A perpetuação desse contexto de injustiça e exclusão na saúde, mesmo em um ambiente democrático com amplos direitos de cidadania e constitucionalização de direitos sociais, representa um grande desafio para nossa sociedade⁸⁵⁶. Isso porque coloca em cheque a própria legitimidade do regime democrático ante a perda de capacidade de produzir redistribuição social. Compreender as condições para a persistência dessa situação e a reação dos cidadãos a ela é o próximo passo da pesquisa.

⁸⁵² WERNECK VIANNA, M. L. T., op. cit., p. 152.

⁸⁵³ Nesse ponto, utiliza-se tal crítica da limitação do pensamento progressista a partir da formulação que lhe deu Roberto Mangabeira Unger em diversas de suas obras. Dentre elas, conferir: UNGER, R. M. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009, p. 2 *et seq.*

⁸⁵⁴ FAVERET, P.; OLIVEIRA, P. J.. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. **Planejamento e Políticas Públicas**, n, 3, pp. 139-162, 1990, p. 139.

⁸⁵⁵ SARLET, I. W.. Direitos Fundamentais a Prestações Sociais e Crise: Algumas Aproximações. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Editora UNOESC, Joaçaba, v. 16, n. 2, pp. 459-488, jul. dez. 2015, p. 461-2.

⁸⁵⁶ Tal desafio se insere em um contexto maior de crise do modelo de democracia voltada à ideia de bem-estar social (SANTOS, B. S.. **Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social**. São Paulo: Boitempo, 2007).

2. Condições de perpetuação e de superação da injustiça na saúde na democracia brasileira

As condições socioeconômicas desfavoráveis têm comprometido a mobilização política dos cidadãos das classes populares, que não têm logrado impor o atendimento de seus interesses e necessidades no processo de construção e implementação das políticas públicas de saúde, permanecendo, assim, expostos a serviços precários ou mesmo a absoluta falta de atendimento. A falta de condições materiais para a fruição de direitos assegurados tanto na Constituição quanto na legislação ordinária denota um enfraquecimento do papel desempenhado pelo Estado e pela própria Democracia. Contra esse contexto de injustiça na saúde muitos cidadãos têm se insurgido e buscado no acesso à Justiça uma nova forma de agir politicamente e de exigir do Estado responsabilidade com o direito à saúde, processo este denominado por João Biehl de “judicialização a partir de baixo” (*judicialization from below*)⁸⁵⁷.

As assertivas acima lançadas são desenvolvidas com detalhamento ao longo do presente tópico, todavia, agora sob uma perspectiva teórica voltada para a tensão entre política e direito no contexto de sociedades que, como o Brasil, são democráticas, mas desiguais. Para tanto, abordamos inicialmente de que forma igualdade política e desigualdade socioeconômica interagem em uma Democracia. Em seguida, damos atenção aos obstáculos que as desigualdades socioeconômicas impõem e como eles conduzem a uma desigualdade política que, no campo da saúde, se reflete na concepção e na implementação deficiente de políticas públicas destinadas às classes populares. Por fim, nos voltamos para o uso da judicialização da saúde como um instrumento político e democrático de afirmação da cidadania das classes populares contra a injustiça ocasionada pelas desigualdades socioeconômicas.

⁸⁵⁷ BIEHL, J.. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health and Metamorphosis of Biopolitics. **Lua Nova**, n. 98, pp.77-105, 2016, p. 94.

2.1. A relação entre desigualdade política e desigualdade socioeconômicas no contexto democrático

O esforço teórico para definir as características da democracia tem, historicamente, levado em conta a centralidade da igualdade política⁸⁵⁸. Da mesma forma, as leituras críticas sobre os regimes democráticos com frequência sublinham as dificuldades de se desdobrar esse princípio político em realidade material: direitos, políticas públicas, garantias, participação, distribuição de renda, acesso a bens, entre outros. São várias as razões, portanto, para apontar que as desigualdades socioeconômicas comprometem a igualdade política⁸⁵⁹, especialmente quando muito acentuadas⁸⁶⁰. Eis, em resumo, as questões desenvolvidas neste subtópico, que iniciamos a partir do cotejo entre o ideal democrático e os regimes democráticos existentes.

A ideia de democracia não coincide necessariamente com a prática de governos democráticos: muitas vezes há considerável distância entre os ideais democráticos e a prática político-institucional⁸⁶¹. Tal observação conduz, inclusive, à afirmação de que, no mundo da política real, a democracia plena ainda não se estabeleceu, pois teríamos apenas regimes relativamente democratizados, nos quais marcantes características de inclusão e ampla abertura à contestação pública podem ser encontrados⁸⁶². Leituras cétricas da democracia no âmbito da ciência política se esforçam em reduzi-la a um “método de seleção de minorias governantes que nada, ou muito pouco, se conecta com uma ideia de soberania popular”⁸⁶³, daí a importância de, antes de se ter em conta a prática institucional, apreenderem-se as características que dão contorno ao ideal democrático.

⁸⁵⁸ Dentre outros, conferir: DAHL, R.. **Poliarquia**. São Paulo: EDUSP, 1997, p. 25. e DAHL, R.. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 49.

⁸⁵⁹ PRZEWORSKI, A.. **Qué esperar de la democracia: limites e posibilidades del autogobierno**. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2010, p. 132.

⁸⁶⁰ DAHL, R., 1997, op. cit., p. 92.

⁸⁶¹ RANCIÈRE, J.. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 92-93.

⁸⁶² DAHL, R., 1997, op. cit., p. 31.

⁸⁶³ MIGUEL, L. F.. Democracia e sociedade de classes. **Revista Bras. Ciênc. Política**, Brasília, n. 9, pp. 93-117, 2012, p. 94.

O ideal central da democracia é o autogoverno do povo. Tem na liberdade seu principal valor político, que se desdobra no postulado de que o povo é governado pelas leis por ele mesmo determinadas e sob as quais são todos submetidos por igual⁸⁶⁴. Nesse sentido, Dahl parte do pressuposto de que “uma característica-chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”⁸⁶⁵. O mesmo autor estabelece, ainda, relação direta entre democracia e regime político competitivo, ordem social pluralista e economia descentralizada.⁸⁶⁶

O regime político competitivo acaba por ser o aspecto que mais chama a atenção dos cientistas políticos, que analisam a fundo a disputa pelo poder em eleições livres, especialmente para o governo e o parlamento, bem como a própria dinâmica político-institucional. Mas a democracia também envolve outras questões, particularmente o direito de o cidadão participar na definição do que vai ser feito (poder de agenda), bem como certo grau de consulta pública.⁸⁶⁷

Ao migrar da ideia de democracia para os regimes políticos denominados democráticos, outros tantos requisitos podem ser construídos⁸⁶⁸, mas, no cerne, continuam as ideias de um autogoverno do povo guiado pela liberdade e pela igualdade⁸⁶⁹. Daí ser precisa a assertiva de Unger no sentido de que a promessa central da Democracia é reconhecer e prover meios para a capacidade construtiva de homens e mulheres comuns.⁸⁷⁰

A igualdade é, assim, elemento essencial à dinâmica e à legitimação das democracias, o que ocorre de forma tão acentuada que uma das consequências do desenvolvimento do regime democrático é um maior grau de igualdade política⁸⁷¹.

⁸⁶⁴ PRZEWORSKI, A., op. cit., p. 43.

⁸⁶⁵ DAHL, R., 1997, op. cit., p. 25.

⁸⁶⁶ Ibidem, p. 73.

⁸⁶⁷ SHAPIRO, I.. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2006, p. 261.

⁸⁶⁸ Para um estudo clássico sobre as instituições políticas de uma democracia real de grande escala, conferir DAHL, R., 2001, op. cit., pp. 97-114.

⁸⁶⁹ PRZEWORSKI, A., op. cit., p. 48.

⁸⁷⁰ UNGER, R. M. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009, p. vii.

⁸⁷¹ DAHL, R., 2001, op. cit., pp. 59 e 74.

Em outras palavras, democracia e igualdade se retroalimentam. Um dos principais marcos dessa íntima identificação está retratado no clássico *A democracia na América*, obra em que Alexis de Tocqueville lança mão de “igualdade” e “democracia” como termos quase intercambiáveis. Para ele a “igualdade de condições” era o fato essencial do qual “parecia descender cada fato particular”⁸⁷². Para além disso, em suas observações, apontou que “o desejo da igualdade se torna sempre mais insaciável à medida que a igualdade é maior”⁸⁷³. Tocqueville foi o primeiro a identificar esse paradoxo presente na estrutura da sociedade moderna: o anseio pela igualdade se intensifica em cada passo rumo à igualização das circunstâncias. Daí decorre que, à medida que as distinções de classe são reduzidas, tornam-se ainda menos toleráveis as diferenças remanescentes⁸⁷⁴. Desde então, a ideia de igualdade de condições ganhou escopo mais amplo e se aproximou de demandas por cidadania inclusiva e por igualdade de oportunidades.

Adam Przeworski, por sua vez, reconhece o “*pedigree* igualitário” da democracia, mas não o vê como uma característica dela, uma vez que a igualdade política é minada pela desigualdade social. Ele reconhece que o único aspecto no qual a democracia pode ser realmente considerada igualitária é na igualdade perante à lei, ou seja, aos olhos do Estado^{875,876}. Ocorre que mesmo a possibilidade de se estabelecer a igualdade perante o Estado sofre sérias limitações, dentre as quais duas são especialmente importantes: as limitações do sistema político representativo; e o risco da redução do regime competitivo político a uma disputa de oligarquias organizadas.

A técnica da representação política alcançou amplo uso nas democracias. Karl Loewenstein chega a afirmar que a representação “foi decisiva para o

⁸⁷² TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Belo Horizonte, Editora Itatiaia, 1998, p. 11.

⁸⁷³ Ibidem, p. 411.

⁸⁷⁴ UNGER, R. M. **O Direito na Sociedade Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 184.

⁸⁷⁵ PRZEWORSKI, A., op. cit., pp. 122 e 132.

⁸⁷⁶ Em sentido semelhante, Ronald Dworkin afirma que “qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais” (DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 38).

desenvolvimento do Ocidente e do mundo, tanto quanto o vapor ou a eletricidade foram para o desenvolvimento técnico da humanidade”⁸⁷⁷. Tal ferramenta tem se mostrado, de fato, essencial face à realidade das divisões sociais, econômicas e políticas que parecem tornar insustentável a ideia de que todo o povo poderia ser representado simultaneamente por alguém. Assim, a eleição periódica de um grupo de políticos se transformou na “segunda melhor possibilidade”.⁸⁷⁸

A preocupação com as distorções da representação, contudo, acompanhou o próprio desenvolvimento dessa técnica. No artigo Federalista nº 57, por exemplo, já se questionava o fato de os representantes do povo serem “tirados daquela classe de cidadãos que menos costuma simpatizar com a grande massa do povo e que mais disposição costuma ter para sacrificar o interesse geral da sociedade à elevação de alguns homens”⁸⁷⁹. Naquela oportunidade, a solução proposta foi de realização de eleições frequentes, para que esteja diante dos olhos dos representantes sua dependência do povo. O artigo Federalista nº 52 vai além. Defende que o governo tenha com o povo “comunidade de interesses” e se arrisca a afirmar que o órgão legislativo “esteja em imediata dependência do povo e que esteja com ele em simpatia perfeita”.⁸⁸⁰

Ocorre que as aspirações de “imediata dependência” ou de “simpatia perfeita” estão longe de serem verificadas na dinâmica institucional, pois esbarram no fato de o autogoverno não se implementar em uma série de referendos, mas em eleições periódicas que outorgam mandatos amplos e frequentemente vagos⁸⁸¹. No mais, os procedimentos legislativos existentes não representam perfeitamente a vontade ou a simpatia popular e tampouco da maioria.⁸⁸²

⁸⁷⁷ LOEWENSTEIN, K.. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Editora Ariel, 1986, p. 60.

⁸⁷⁸ PRZEWORSKI, A., op. cit., pp. 48-49.

⁸⁷⁹ HAMILTON *et al.*. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 349.

⁸⁸⁰ *Ibidem*, p. 324.

⁸⁸¹ PRZEWORSKI, A., op. cit., p. 52.

⁸⁸² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, n. 115, pp. 1346-1406, abr. 2006, p. 1349.

Jacques Rancière lança crítica mais contundente à representação ao afirmar que ela é, desde sua origem, o exato oposto da democracia⁸⁸³. A razão para, a despeito desse fato, ter-se desenvolvido o sistema representativo reside no fato de ele proporcionar a reconciliação entre o ideal de que o poder emana do povo e a manutenção do seu exercício de fato pela elite. Por tal razão, Rancière considera que a representação é uma ferramenta oligárquica, e não uma adaptação ao crescimento populacional⁸⁸⁴. A este ponto também se aproxima a crítica de Adam Przeworski, que considera que o próprio método de escolha de representantes por eleições, e não por sorteios, já se baseia na crença de que nem todas as pessoas estão igualmente qualificadas.⁸⁸⁵

Em comum às críticas ao sistema representativo, portanto, está a preocupação com seu 'DNA oligárquico'. Essa percepção é importante, pois está no pano de fundo da segunda limitação à igualdade perante o Estado que iremos avaliar: a denúncia de que a democracia seria uma disputa de oligarquias organizadas.

O jogo democrático se reduz a uma disputa entre oligarquias? Para Jacques Rancière, sim. Ele considera que as sociedades, ontem e hoje, são organizadas pelo jogo das oligarquias e que os governos são sempre da minoria para a maioria, motivo pelo qual pode-se afirmar que não existe governo democrático propriamente dito⁸⁸⁶. A partir dessa descrição de sociedade, Rancière vaticina que não vivemos em democracias, mas em Estados de Direito Oligárquicos, isto é, Estados em que o poder da oligarquia é tão somente limitado pelo duplo reconhecimento da soberania popular e das liberdades individuais.⁸⁸⁷

Carl Schmitt representa um contraponto relevante a essa visão, pois considera que toda democracia encontra seu fundamento em um "povo indivisivelmente homogêneo, inteiro, uniforme, então não existe para ela, na coisa

⁸⁸³ RANCIÈRE, J.. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 70.

⁸⁸⁴ Ibidem, p. 69.

⁸⁸⁵ PRZEWORSKI, A., op. cit., p. 131.

⁸⁸⁶ RANCIÈRE, J., op. cit., p. 68.

⁸⁸⁷ Ibidem, p. 94.

e na essência, nenhuma minoria, e menos ainda uma pluralidade de minorias firmes, constantes”⁸⁸⁸. Ou seja, a partir dessa perspectiva não existiria tal disputa entre oligarquias.

Robert Dahl, por sua vez, reconhece a limitação do projeto democrático, mas não o reduz apenas à competição entre oligarquias. Ele destaca a existência de tais regimes de “oligarquias competitivas”, mas entende que as *Poliarquias*, além de reunirem abertura à contestação pública, também ostentam marcantes características de inclusão, motivo pelo qual seriam regimes relativamente democratizados⁸⁸⁹. Essa visão de Dahl é amplamente compartilhada pelos democratas contemporâneos⁸⁹⁰.

Os representantes eleitos e os processos democráticos funcionam, nesse contexto, como instrumentos de deliberação política, mas também como limites às negociações entre as elites políticas e burocráticas⁸⁹¹. Logo, embora a democracia representativa possa, em sua origem, ter favorecido os privilégios das elites naturais, tal tendência pode ser “desviada aos poucos de sua função pelas lutas democráticas”⁸⁹². De fato, a mobilização de um público energizado é caminho para tornar as elites mais responsáveis no uso do poder⁸⁹³. Observa-se, portanto, que o reconhecimento da igualdade política perante o Estado, a despeito de suas limitações, proporciona que o engajamento e a mobilização democrática possam, de alguma forma, transformar a realidade da população. Tal conclusão leva-nos ao ponto central do argumento ora desenvolvido, qual seja, a necessidade da efetiva participação.

Tal questão, segundo Adam Przeworski⁸⁹⁴, tem atormentando as democracias modernas. A relação entre a igualdade política formal e as desigualdades materiais é um desafio à capacidade de ação dos regimes

⁸⁸⁸ SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 28.

⁸⁸⁹ DAHL, R.. **Poliarquia**. São Paulo: EDUSP, 1997, p. 31.

⁸⁹⁰ PRZEWORSKI, A., op. cit., pp. 40-41.

⁸⁹¹ DAHL, R.. **Sobre a Democracia**. Brasília, Editora UnB, 2001, pp. 128-129.

⁸⁹² RANCIÈRE, J., op. cit., p. 71.

⁸⁹³ WEST, C.. **Democracy Matters**. Nova Iorque: Penguin Books, 2004, p. 68.

⁸⁹⁴ PRZEWORSKI, A., op. cit., p. 51.

democráticos sobre as estruturas existentes na sociedade. Tal relação é objeto frequente dos cientistas políticos, e, até meados da segunda metade do século XX, mesmo os defensores viscerais da democracia demonstravam forte preocupação ao perceber que o ideal democrático se ajustava mal à sociedade de classes e que as desigualdades promovidas pelo capitalismo geravam graves obstáculos à disseminação de práticas democráticas genuínas.⁸⁹⁵

Há percepção, contudo, de que, nas últimas décadas, perdeu importância no campo o estudo dos constrangimentos impostos pelo capitalismo ao funcionamento dos regimes democráticos. Luis Felipe Miguel, por exemplo, em estudo sobre a democracia na sociedade de classes, afirma que tais problemas não são tematizados na maior parte das análises atuais da ciência política⁸⁹⁶. Independentemente de estar correta ou não a avaliação do referido autor, é certo que a tensão entre igualdade política e igualdade socioeconômica permanece viva, conforme bem pontua Adam Przeworski:

Apesar de todos os discursos grandiloquentes sobre sermos todos iguais, a igualdade em que se pensava era uma igualdade política formal, imaginavam procedimentos que dariam a todos iguais oportunidades de influir nos resultados coletivos e também na igualdade perante a lei. Não era igualdade social ou econômica. E ao mesmo tempo a igualdade política é uma ameaça à propriedade. Essa tensão é congênita à democracia, está tão viva hoje como no passado. O mistério, então, é porque a democracia não gera mais igualdade econômica.⁸⁹⁷

A perplexidade de Przeworski com o fato de a democracia não gerar mais igualdade⁸⁹⁸ contrasta com os estudos de Robert Dahl, que afirma existir clara relação sinérgica entre o desenvolvimento socioeconômico e o regime político competitivo⁸⁹⁹. Em que pese esse dissenso, quando deslocamos o foco da relação democracia-igualdade para a relação entre igualdade política e igualdade socioeconômica, ambos veem uma relação direta, isso porque as desigualdades

⁸⁹⁵ MIGUEL, L. F.. Democracia e sociedade de classes. **Revista Bras. Ciênc. Política**, Brasília, n. 9, pp. 93-117, 2012, p. 94.

⁸⁹⁶ Ibidem, p. 93.

⁸⁹⁷ PRZEWORSKI, A., op. cit., p. 50.

⁸⁹⁸ A afirmação de Przeworski está baseada em achados empíricos que indicam que o nível de desigualdade é semelhante em democracias e autocracias (Ibidem, p. 148).

⁸⁹⁹ DAHL, R.. **Poliarquia**. São Paulo: EDUSP, 1997, p. 77 e 93.

acentuadas em termos de distribuição de recursos importantes – riqueza, renda, status, educação⁹⁰⁰ – equivalem a desigualdades acentuadas em recursos políticos⁹⁰¹. Assim, se a desigualdade socioeconômica compromete a capacidade de exercício dos direitos políticos, a igualdade política está em risco⁹⁰².

Essa percepção é muito importante para afastar o senso comum de que o nível de mobilização política estaria, em cada sociedade, enraizado em traços culturais inalteráveis. Nesse sentido, Roberto Mangabeira Unger aponta evidências no sentido de que a mobilização política em uma sociedade está diretamente ligada a regras e práticas muito específicas que influenciam o regime eleitoral, tais quais o uso do dinheiro na política e o acesso aos meios de comunicação em massa⁹⁰³. De fato, a riqueza desempenha papel central, pois pode ser convertida em crédito político, e, de outro lado, a privação material mina os recursos básicos para a ação política, a exemplo do acesso à informação, ao tempo livre e a capacidade de mobilização.⁹⁰⁴

Os recursos financeiros possuem inúmeros impactos na política além do mero financiamento dos processos eleitorais. Mesmo antes das campanhas, o capital econômico já desempenha papel fundamental na produção da “saliência” social – a possibilidade de individualização em meio ao público geral –, que é fundamental na construção da liderança política. Após as eleições, o dinheiro pavimenta acesso aos funcionários eleitos, como também às burocracias permanentes, por meio de diferentes procedimentos de *lobby*⁹⁰⁵. Mesmo em plebiscitos ou referendos, o investimento elevado de recursos financeiros pode

⁹⁰⁰ A definição do que exatamente compõe a desigualdade social não é estática ou restrita apenas aos bens materiais à disposição do indivíduo. Sob a perspectiva da teoria dos sistemas, por exemplo, “por desigualdade social deve-se entender a distribuição desigual de chances de participação comunicativas por meio da construção e atribuição de endereços sociais (dimensão social)” (TORRES JUNIOR, R. D.. O problema da desigualdade social na teoria da sociedade de Niklas Luhmann. **Cad. CRH**, Salvador, v. 27, n. 72, p. 547-561, dez. 2014, p. 548).

⁹⁰¹ DAHL, R., op. cit., p. 92..

⁹⁰² PRZEWORSKI, A., op. cit., p. 123.

⁹⁰³ UNGER, R. M.. **Democracy Realized**: the progressive alternative. Londres/Nova Iorque: Verso, 1998, p. 66.

⁹⁰⁴ MIGUEL, L. F.. Democracia e sociedade de classes. **Revista Bras. Ciênc. Política**, Brasília, n. 9, pp. 93-117, 2012, p. 108.

⁹⁰⁵ Ibidem, pp. 108-109.

influenciar a votação para mudanças legislativas que não eram esperadas pela população⁹⁰⁶. Em qualquer das formas narradas, a corrupção da política pelo dinheiro se tornou característica estrutural da democracia nas sociedades economicamente desiguais.⁹⁰⁷

Como a utilidade dos valores despendidos no financiamento eleitoral é uma função inversa da riqueza de cada um, a conta se torna simples: os mais ricos pesam mais – porque contribuem mais⁹⁰⁸. Em reação a essa situação, Adam Przeworski afirma, diante da desigualdade econômica, “a igualdade política só é factível na medida em que o acesso do dinheiro à política esteja limitado por regulações ou pela organização política dos segmentos mais pobres da população”⁹⁰⁹. As limitações mencionadas, entretanto, não são simples de estabelecer, especialmente porque as influências do poder econômico na política assumem várias formas⁹¹⁰. Logo, a relação que se estabeleceu em vários países entre um sistema político democrático e um sistema econômico não democrático apresentou dificuldade formidável e persistente para os objetivos e as práticas democráticas por todo o século XX e, seguramente, continuará no século XXI⁹¹¹, tanto que as propostas mais progressistas no âmbito da ciência política buscam aliar o aprofundamento das práticas democráticas à democratização da economia de mercado.⁹¹²

As assimetrias acima destacadas, à medida que persistem, colocam em xeque a legitimidade dos regimes políticos que mantêm esse estado de coisas⁹¹³. Assim, no próximo tópico nos dedicaremos à análise dos obstáculos para

⁹⁰⁶ TSEBELIS, G.. Veto Players and Institutional Analysis. **Governance – International Journal of Policy and Administration**, v. 13, n. 4, pp. 441–474, 2000, p. 462.

⁹⁰⁷ PRZEWORSKI, A., op. cit., p. 151.

⁹⁰⁸ MIGUEL, L. F., op. cit., p. 108.

⁹⁰⁹ PRZEWORSKI, A., op. cit., p. 50.

⁹¹⁰ Dentre todas as limitações para a mudança do *status quo*, Przeworski chama atenção para uma dependência estrutural do capital, ou seja: a perspectiva de perda de capital reduz investimentos e algumas iniciativas de redistribuição se tornam custosas também para os pobres (Ibidem, pp. 150-151).

⁹¹¹ DAHL, R.. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora UnB, 2001, pp. 196-197.

⁹¹² UNGER, R. M. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009, p. ix.

⁹¹³ SHAPIRO, I.. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006, p. 138.

diminuição das clivagens sociais e políticas ora analisadas e de como a dificuldade em superá-los compromete a legitimidade dos regimes democráticos.

2.2. Os obstáculos à igualdade política e a perpetuação da exclusão

A igualdade política não é vulnerável apenas às assimetrias de renda e propriedade, que perfazem apenas o aspecto mais evidente das desigualdades socioeconômicas. As clivagens socioeconômicas assumem vários aspectos e, assim, erigem diversos obstáculos na trajetória de qualquer iniciativa em prol da ampliação da igualdade política. Outras questões também podem contribuir para o complexo processo de estratificação que atualmente é um atributo central de nossa organização social⁹¹⁴. Muitas não são notadas com facilidade, o que se explica parcialmente pelo crescente grau de “invisibilidade” das distorções sociais e pela diminuição de análises em termos de classes sociais. A fraca percepção dessas assimetrias viabiliza a sua persistência e, inclusive, sua reprodução social.⁹¹⁵

Gênero, orientação sexual, raça⁹¹⁶, enfim, várias assimetrias podem deturpar a distribuição do poder político na sociedade e, embora não tenham necessariamente bases comuns, “estabelecem uma transversalidade cruzada, em que seus efeitos se sobrepõem”⁹¹⁷. Por tal razão é que, no Brasil, a abordagem mais ampla voltada ao processo de socialização deficiente observado nas classes sociais populares permite compreensão mais adequada do comprometimento da ação política dos indivíduos desse grupo. Vários elementos são significativos, mas a definição do valor social dos indivíduos se inicia na socialização familiar, que, especialmente na ralé estrutural da sociedade, é marcada pela ausência de capacitações fundamentais para a conduta bem-sucedida na vida social futura, quais sejam: o autodomínio, a disciplina e o pensamento prospectivo. Tais

⁹¹⁴ WILKINSON, R. G.; PICKETT, K. E.. Income Inequality and Population Health: A Review and Explanation of the Evidence. **Social Science & Medicine**, v. 62, n. 7, pp. 1768–1784, 2006, p. 1779.

⁹¹⁵ PEUGNY, Camille. **O destino vem do berço? Desigualdades e reprodução social**. Campinas/SP: Papyrus Editora, 2014, p. 23.

⁹¹⁶ JONES, C. P.. Levels of racism: a theoretic framework and a gardener's tale. **American Journal of Public Health**, v. 90, n. 8, pp.1212-1215, 2000, p. 1212.

⁹¹⁷ MIGUEL, L. F., op. cit., p. 112.

deficiências de base comprometem a apropriação de recursos nas relevantes esferas do ensino formal e do trabalho⁹¹⁸ e tais condições desfavoráveis de socialização agem como uma “amputação política” do indivíduo, pois “muitas vezes não sabe como exigir benefícios, que apesar de lhe serem garantidos em lei, exigiriam planejamento de ações, disciplina e autocontrole que ela não tem”.^{919,920}

À dificuldade de mobilização individual soma-se o comprometimento da capacidade de mobilização coletiva por intermédio de redes sociais, pois as redes de pessoas de baixa renda dependem mais intensamente dos contextos em que vivem e tendem a se reduzir mais cedo pela “ocorrência mais precoce no ciclo de vida de elementos redutores das redes”⁹²¹. Uma interessante pesquisa empírica realizada na Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ) aponta consequências dessa dificuldade de mobilização política das classes populares, no caso, a localizada na periferia da RMRJ. Eis algumas das conclusões alcançadas a partir da ótica da inclusão/exclusão territorial: i) a população do núcleo da cidade é mais associada e dispõe de maiores parcelas do capital social convencional e, assim, consegue aglutinar mais forças para as demandas de natureza distributiva e concentrar nas regiões centrais da RMRJ as maiores parcelas dos investimentos urbanos; ii) a concentração do capital social no centro das cidades tende a manter e reproduzir as desigualdades sociais no que concerne ao bem-estar urbano; iii) as

⁹¹⁸ ARENARI, Brand; DUTRA, Roberto. A construção social da condição de pessoa: premissas para romper o círculo vicioso de exclusão e uso problemático do crack. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Crack e exclusão social**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016, p. 193.

⁹¹⁹ LUNA, L.. Fazer viver e deixar morrer: a má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, J. (Org.). **A Ralé Brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009, p. 327.

⁹²⁰ Mesmo quando os indivíduos das classes populares conseguem a inserção no mercado de trabalho e o reconhecimento social daí decorrente, não está garantida sua igualdade política. Nesse sentido, Luis Felipe Miguel destaca que, nas economias capitalistas, a classe trabalhadora recebe treinamento que privilegia qualidades opostas àquelas exigidas para a prática da democracia, pois está submetida a relações verticais nas quais seu papel é obedecer ordens emanadas de seu empregador ou de seus prepostos. Essa situação de acentuada heteronomia é o contrário da participação engajada na busca de soluções e da responsabilidade pelas próprias escolhas que se esperam, idealmente, dos cidadãos e das cidadãs de uma democracia (conferir: MIGUEL, L. F.. Democracia e sociedade de classes. **Revista Bras. Ciênc. Política**, Brasília, n. 9, pp. 93-117, 2012, p. 109-110).

⁹²¹ MARQUES, E.. **Redes sociais, segregação e pobreza**. São Paulo: Editora UNESP, Centro de Estudos da Metrópole, 2010, p. 53.

regiões centrais possuem pessoas e grupos sociais com maior automobilização geradora de uma cidadania mais ativa.⁹²²

A exclusão territorial merece destaque, pois, apesar de pouco tematizada, reúne de forma muito palpável as consequências da desigualdade de renda, das desigualdades sociais e – indo além – constitui-se em agente de reprodução delas. A população de baixa renda, muitas vezes, vem sendo “expulsa” para periferias ou aglomerados de favelas, que, em geral, são territórios sem infraestrutura e sem integração com a cidade e carentes de investimentos públicos. Tais processos de exclusão social e segregação territorial tendem a se agravar, e a alocação de recursos e bens públicos é central para a mudança desse contexto, contudo, práticas clientelistas e patrimonialistas na gestão orçamentária tendem a reproduzir e aprofundar as desigualdades existentes⁹²³.

Todos os elementos acima destacados comprometem a mobilização política e, portanto, a formação de “grupos de interesse” ou de pressão por esse extrato da sociedade. A consequência, mais uma vez, é o comprometimento da igualdade política, pois, na dinâmica democrática, esses grupos funcionam como detentores oficiosos ou invisíveis do poder e são, portanto, muito importantes na intermediação de interesses e demandas com o Estado.^{924,925}

Mesmo quando todos os problemas acima apontados são ultrapassados e o governo é assumido por lideranças populares, o novo desafio passa a ser colocar

⁹²² RIBEIRO, L. C. *et al.* Cidadania na Metrópole desigual: a cultura política na metrópole fluminense. In: **Cultura Política, Cidadania e Voto**: desafios para a governança metropolitana. Rio de Janeiro: Editora Letra Capital, 2012, p. 232.

⁹²³ PIRES, R. R. C.. Participação, exclusão e território: estratégias para a análise dos efeitos distributivos das instituições participativas. In: PIRES, Roberto Rocha C. (Org.) **Efetividade das Instituições Participativas no Brasil**: estratégias de avaliação. Brasília: IPEA, 2011, v. 7, p. 264-266.

⁹²⁴ LOEWENSTEIN, K.. **Teoría de la Constitución**. Barcelona, Editora Ariel, 1986, p. 423.

⁹²⁵ A presença de grupos de pressão muito fortes e coesos implica, com o tempo, em maior estabilidade das políticas e dificuldade de mudanças do *status quo*, pois aumentam o número de participantes da política com “poder de veto” às mudanças eventualmente propostas (conferir: TSEBELIS, G.. Veto Players and Institutional Analysis. **Governance – International Journal of Policy and Administration**, v.. 13, n. 4, pp.441–474, 2000, p. 446). Ou seja, a organização mais efetiva das elites em grupos de pressão tende a manter as coisas como estão e, portanto, a se tornar um obstáculo a uma reforma de cunho popular.

em prática políticas que beneficiem a maioria desorganizada da população. Isso porque sua legitimidade pode ser colocada em questionamento pela “falácia do populismo”. Essa é a constatação de Jacques Rancière, que destaca as acusações de práticas “populistas” atribuídas frequentemente aos governos de matriz popular. Segundo o referido autor, essa conduta dissimula a contradição entre legitimidade popular e legitimidade científica ou, usando palavras mais duras, mascara a vontade da oligarquia em governar sem povo, ou seja, sem a política⁹²⁶.

Oposições dessa espécie aconteceram, por exemplo, na França e tinham como destinatária principal da crítica os benefícios de amparo social à população “assistida”, conforme narra Camille Peugny. As críticas, contudo, não partem apenas da elite oligárquica, mas também das classes médias que se sentem espremidas entre aqueles “grandões” e aqueles “de baixo”⁹²⁷. Situação semelhante decorrente da polarização da sociedade também é encontrada nos EUA, uma vez que os ressentimentos decorrentes dos momentos de declínio econômico, naquele país, tendem a ser expressados como hostilidade entre os grupos na base da sociedade e não como insurgências contra a oligarquia que está no topo.⁹²⁸

Por fim, na hipótese de serem superados os diversos obstáculos acima apontados – renda, raça, socialização, mobilização, exclusão territorial, polarização, etc. – e de a mobilização democrática conduzir a algum avanço em termos de políticas sociais, é possível que as classes populares se “contentem com pouco”. É o que alerta Robert Dahl, ao afirmar que:

(...) às vezes, que as políticas mal orientadas mas aparentemente bem-intencionadas do governo não consigam reduzir inteiramente as desigualdades, mas o próprio fato de o governo manifestar sua preocupação pode ser suficiente para manter, e talvez, até mesmo, conquistar, a lealdade do grupo de despossuídos. (DAHL, 1997: 99/100).

Todos os argumentos lançados apontam para o grave comprometimento da igualdade política causado pelas desigualdades socioeconômicas. A conjugação

⁹²⁶ RANCIÈRE, J.. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014, pp. 101-102.

⁹²⁷ PEUGNY, Camille. **O destino vem do berço? Desigualdades e reprodução social**. Campinas/SP: Papirus Editora, 2014, p. 41.

⁹²⁸ LIND, M.. **The Next American Nation: the new nationalism and the fourth American Revolution**. Nova Iorque: Free Press, 1995, p. 216.

dessas assimetrias conforma uma hierarquia social organizada e atualizada de forma implícita e opaca, constituindo relações naturalizadas de desigualdade em várias dimensões⁹²⁹. O resultado desse processo, especialmente em grandes países marcados pela desigualdade, como Brasil e Estados Unidos, é que a diferença de classes não se estabelece apenas como uma questão de grupos com diferentes rendas, mas sim com diferentes visões de mundo.⁹³⁰

Mas como lidar com essa realidade de segregação e proporcionar que os anseios e interesses das classes populares também tenham vez na arena pública? Quais as possibilidades de superação ou de enfrentamento dos diversos obstáculos que a desigualdade socioeconômica impõe à igualdade política?

Há controvérsias, conforme já destacado, sobre a capacidade efetiva de os regimes democráticos promoverem igualdade socioeconômica. Não há dúvidas, contudo, de que muitas pessoas confiam em seu potencial e esperam que ela impulse a igualdade socioeconômica. Ademais, cresce a indisposição com a iniquidade econômica – ou qualquer outra forma de desigualdade social – que se transforme em desigualdade política⁹³¹. O misto de desconfiança e esperança na capacidade dos regimes democráticos pode ser compreendido como fruto do paradoxo da relação entre o Estado e a sociedade: ao mesmo tempo em que o Estado é fruto das desigualdades sociais, tem também a atribuição de lidar com elas⁹³². Nesse ponto, é precisa a afirmação de Cornel West no sentido de que a

⁹²⁹ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 178.

⁹³⁰ LIND, M., op. cit., p.100.

⁹³¹ PRZEWORSKI, A.. **Qué esperar de la democracia**: limites e posibilidades del autogobierno. Buenos Aires: Siglo ventiuno editores, 2010, p. 253.

⁹³² Tal paradoxo e sua importância para a análise social é exposto por Unger: “Quanto mais profundas forem as relações de dependência e domínio entre os grupos, mais imperativa será a necessidade de um Estado. Somente uma entidade que, de certa forma, se coloque acima dos grupos em conflito pode limitar os poderes de todos os grupos e alegar uma posição de imparcialidade, impessoalidade ou harmonia providencial que justifique a sua exigência de submissão. Ao mesmo tempo, o Estado deve reforçar as relações de domínio e dependência, enquanto os indivíduos que lhe dirigem os órgãos devem necessariamente prover de determinadas categorias. Todos os conflitos básicos que marcam a história da separação entre Estado e sociedade derivam, no fim, do paradoxo implícito nesta situação. O Estado, que é filho da hierarquia social, deve também ser o seu governante; deve ser separado de qualquer um dos grupos sociais do sistema de domínio e dependência. No entanto, tem que ir buscar os seus membros e as suas metas em grupos que fazem parte desse sistema. Esquecer um dos lados deste paradoxo é perder de vista

Democracia é mais um movimento dinâmico de luta coletiva do que uma ordem estática⁹³³. Assim, no ambiente democrático, o caminho para maior igualdade política depende de mobilização e conflito, ou seja, de uma luta por igualdade.

Jacques Rancière aponta que essa luta por igualdade significou, historicamente, a ampliação da “esfera pública” em dois sentidos: o primeiro é o reconhecimento da qualidade de iguais e de sujeitos políticos, ou seja, de cidadãos, aos marginalizados. O segundo é a luta a contra a lógica natural do sistema eleitoral, que transforma a eleição em um dispositivo de consentimento (candidaturas oficiais, fraudes eleitorais, monopólios de fato das candidaturas).⁹³⁴

A “primeira luta” é antiga e representou pressão crescente sobre governos e detentores do capital, que se viram obrigados – para evitar ações mais violentas – a ceder gradualmente às demandas das massas por melhora econômica e por justiça social. Assim, “em todos os Estados industriais foram criados novos serviços públicos, serviços administrativos, um Estado de bem-estar ou então formas aproximadas a este”⁹³⁵. A mais comum das ações para diminuir a desigualdade é a redistribuição de renda, contudo, muitos outros mecanismos foram pensados na tentativa de não apenas distribuir renda, mas de igualar potenciais de obtenção dela : distribuição de terras, distribuição de títulos de propriedade, investimento em educação⁹³⁶ e políticas para capacitar e aumentar a produtividade dos pobres⁹³⁷. Nesse contexto, se insere também a construção de políticas públicas para oferta de saúde à população – como bem demonstra o exemplo brasileiro –, tendo-se em

a verdadeira relação entre Estado e sociedade” (UNGER, R. M. **O Direito na Sociedade Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 70-71).

⁹³³ WEST, C.. **Democracy Matters**. Nova Iorque: Penguin Books, 2004, p. 68.

⁹³⁴ RANCIÈRE, J., 2014, op. cit., p. 73.

⁹³⁵ LOEWENSTEIN, K.. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editora Ariel, 1986, p. 399.

⁹³⁶ O investimento em educação sempre foi uma tentativa presente de, ao mesmo tempo, reconhecer as formas de desigualdade e ofertar os meios da igualdade (RANCIÈRE, J.. op. cit., p. 37).

⁹³⁷ PRZEWORSKI, A.. **Qué esperar de la democracia**: limites e posibilidades del autogobierno. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2010, p. 152-153.

vista que a oferta de cuidados de saúde promove tanto a equidade⁹³⁸ quanto o desenvolvimento econômico.⁹³⁹

A “segunda luta” referida por Rancière tem a ver com o enfrentamento da lógica de um sistema eleitoral e político que converte riqueza em créditos políticos e impõe uma segregação política do cidadão das classes populares. As soluções pensadas e implementadas para enfrentar essa questão variam conforme o regime democrático estudado. No Brasil, a aposta mais recente foi o estímulo à participação social, seja de forma institucionalizada, seja pela formação de redes sociais. Tal modelo é defendido desde a década de 1990 pelos partidos brasileiros de esquerda, sobretudo o Partido dos Trabalhadores, e tem por mote o pressuposto de que a incorporação da participação popular nas decisões públicas produziria a tão desejada “inversão de prioridades” no seio estatal e, assim, atenderia a um conjunto mais amplo de demandas de uma maior parcela da população.⁹⁴⁰

A principal expressão da participação social institucionalizada são as “instituições participativas” (IPs)⁹⁴¹. Estudos focalizados nas IPs apontam avanços: ampliação do estoque de capital social; aumento do nível de confiança dos indivíduos nas instituições políticas; e o fato de que os integrantes das IPs se tornam mediadores não estatais que ampliam o acesso aos serviços e bens públicos⁹⁴².

⁹³⁸ São diversas as formas pelas quais melhorias nos cuidados com a saúde em países em desenvolvimento podem promover equidade. Nesse sentido, conferir: SELGELID M. J. Justice, infectious diseases and globalization. In: BENATAR, S.; BROCK, G. (Orgs.) **Global Health and Global Health Ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 89–96, 2011, p. 94.

⁹³⁹ O impacto pode ser, de fato, muito amplo. Mark Britnell ressalta que apenas um ano a mais de expectativa de vida da população pode aumentar o PIB *per capita* em 4% (BRITNELL, M. **In Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015, p. 155).

⁹⁴⁰ PIRES, R. R. C.. Participação, exclusão e território: estratégias para a análise dos efeitos distributivos das instituições participativas. In: PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). **Efetividade das Instituições Participativas no Brasil: estratégias de avaliação**. Brasília, IPEA, 2011, v. 7, p. 266.

⁹⁴¹ Quatro tipos básicos de instituições participativas foram organizadas no Brasil, especialmente na esfera municipal: “canais de expressão individual de preferências, como pesquisas de satisfação, serviços que recebem demandas, sugestões ou reclamações por telefone ou internet, ouvidorias; processos conferencistas; orçamentos participativos (OPs); e conselhos de políticas públicas e de direitos” (CORTES, S. V.. Instituições participativas e acesso a serviços públicos nos municípios brasileiros. In: PIRES, Roberto Rocha C. (Org.) **Efetividade das Instituições Participativas no Brasil: estratégias de avaliação**. Brasília: IPEA, 2011, v. 7, p. 78).

⁹⁴² Ibidem, p. 78.

As redes sociais também podem desempenhar esse papel de destaque na mediação do acesso a políticas e serviços do Estado, com importantes reflexos para o bem-estar de determinada comunidade, isso porque, com frequência, a entrega de políticas envolve exercício contínuo de tradução, criando discricionariedade por parte da burocracia de nível de rua⁹⁴³. Nesse cenário, a incorporação das redes no desenho das políticas públicas pode ajudar a melhorar sua implementação, tornando as iniciativas públicas mais aptas a alcançar seus alvos.⁹⁴⁴

A aposta na participação social institucionalizada, tão em foco na última década⁹⁴⁵, possui, contudo, duas principais limitações. Em primeiro lugar, não há projeto transformador, na medida em que em tais arenas participativas focam questões específicas (saúde, assistência social, educação, entre outras). Em segundo, o conflito distributivo é traduzido frequentemente em disputa pelo controle dos recursos do Estado, desinflando a preocupação com as causas estruturais da desigualdade⁹⁴⁶. Ademais, no que tange às redes sociais, tendem a ter potencial de coesão reduzido, pois “as relações de confiança no Brasil são extremamente débeis, praticamente limitando-se à confiança em familiares”.⁹⁴⁷

Ao analisar a questão em um contexto mais amplo, Boaventura de Sousa Santos entende que a própria limitação da cidadania compromete o potencial transformador da participação social. Ele entende que estamos em uma difícil situação de “cidadania bloqueada”, pois, em nosso sistema democrático

⁹⁴³ LIPSKY, M. **Street-Level Bureaucracy**: Dilemmas of the Individual in Public Services (30th anniversary edition). Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 2010, p. xi.

⁹⁴⁴ MARQUES, E.. **Redes sociais, segregação e pobreza**. São Paulo: Editora UNESP, Centro de Estudos da Metrópole, 2010, p. 47.

⁹⁴⁵ Importante exemplo do foco dado à institucionalização da participação social diz respeito à polêmica em torno do Decreto 8.243 de 2014, editado pela Presidência da República, que instituiu, no âmbito federal, a Política Nacional de Participação Social e o seu respectivo Sistema Nacional. Tal decreto foi objeto de amplos questionamentos, sobretudo na Câmara dos Deputados, que aprovou Projeto de Decreto Legislativo, a fim de sustar a sua aplicação, atualmente em trâmite no Senado Federal. Sobre a questão, conferir: CORRALO, G. S.. A Democracia, as Políticas Públicas e os sistemas municipais de participação social: a repercussão local do Decreto Federal 8.243/2014. **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 1, Rio de Janeiro, pp. 178-198, 2017, *passim*.

⁹⁴⁶ MIGUEL, L. F.. Democracia e sociedade de classes. **Revista Bras. Ciênc. Política**. Brasília, n. 9, pp. 93-117, 2012, p. 101.

⁹⁴⁷ FIOCRUZ. Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. **As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil**. Relatório Final da Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da saúde. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008, p. 85.

representativo, muitas pessoas não têm asseguradas as “condições de participação, ou seja, uma cidadania que se baseia na ideia de participação, mas não garante suas condições materiais”⁹⁴⁸ E, ao tratar das condições materiais, Boaventura se refere a questões fundamentais, tais como: garantia de sobrevivência, mínimo de liberdade no exercício do voto e acesso à informação.⁹⁴⁹

A avaliação feita por Boaventura é precisa. A solução historicamente utilizada pelos regimes “democráticos” ao longo dos séculos XIX e XX para lidar com as consequências das assimetrias foi restringir a cidadania àqueles que estavam em condições de exercê-la, ou seja, utilizar um mecanismo de exclusão formal. O exemplo mais evidente dessa prática, no Brasil, foi a adoção da “cidadania regulada”. Essa prática, contudo, não é mais tolerada na atualidade, pois a cidadania é nominalmente universal, e sustentar o contrário no debate público é praticamente inviável.

Há um entrelaçamento entre direitos políticos e direitos sociais, de forma que estes complementem a imagem de cidadania originalmente vinculada àqueles⁹⁵⁰. Por consequência, o novo desafio a ser enfrentado é a “democracia sem cidadania efetiva”⁹⁵¹. Assim, a luta contra essa “cidadania bloqueada”, ou seja, uma cidadania de aparências, é uma via para a promoção de uma democracia “real”, uma democracia em que a liberdade e a igualdade estejam encarnadas nas “próprias formas da vida material e da experiência sensível”.⁹⁵²

Ocorre que, a despeito de todos os avanços obtidos pela participação social e pela mobilização política, a desigualdade socioeconômica permanece muito acentuada. Algum grau de desigualdade é inevitável⁹⁵³, mas o Brasil é, infelizmente, exemplo notório de desigualdade histórica, profunda e persistente que perpassou

⁹⁴⁸ SANTOS, B. S.. **Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 92.

⁹⁴⁹ Ibidem, p. 92.

⁹⁵⁰ WERNECK VIANNA, M. L. T. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 29.

⁹⁵¹ PRZEWORSKI, A.. **Qué esperar de la democracia: límites e posibilidades del autogobierno**. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2010, p. 29.

⁹⁵² RANCIÈRE, J.. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 09.

⁹⁵³ PRZEWORSKI, A., op. cit., p. 131 e 163.

todos os regimes políticos⁹⁵⁴. A constância nos investimentos em políticas sociais redistributivas e nas regulações do sistema político, portanto, é necessária, sob o risco de ser retomada a tendência de aumento da desigualdade.⁹⁵⁵

Se as medidas necessárias não forem colocadas em prática, a democracia brasileira, de fato, estará comprometida. Uma situação de desigualdade extrema vivenciada por um grande segmento da população de um país representa ameaça para qualquer regime, seja ele hegemônico ou competitivo. Os sistemas políticos competitivos, todavia, dispõem de menos recursos que os hegemônicos para coagir sua população, pois pressupõem “uma ordem social mais ou menos pluralista e uma diversidade de limitações legais e constitucionais efetivas à coerção governamental”⁹⁵⁶. Assim, os regimes democráticos são particularmente vulneráveis aos efeitos das desigualdades extremas, especialmente nas hipóteses de sistemas partidários altamente fragmentados.⁹⁵⁷

A assertiva de Dahl nos parece precisa, pois, se a igualdade política, ao mesmo tempo, é pressuposto da democracia e está suscetível à desigualdade socioeconômica, é esperado que um nível acentuado de desigualdade socioeconômica se torne intolerável para um regime democrático. Por consequência, sua persistência pode conduzir ao questionamento da legitimidade da democracia e, no limite, pode pôr em risco sua continuidade. Tal preocupação, por exemplo, é manifestada por Ronald Dworkin quando ele afirma que o reiterado e injustificado tratamento assimétrico dispensado a um grupo de “cidadãos de segunda classe” põe em xeque a aspiração à legitimidade democrática, tão cara à sociedade norte-americana⁹⁵⁸. A questão ora debatida é bem resumida por Unger:

⁹⁵⁴ Sobre a desigualdade no Brasil, destacamos a exposição de Adam Przeworski: “Pense-se no Brasil: nos últimos dois séculos foi uma colônia, uma monarquia independente, uma república oligárquica, uma ditadura militar populista, uma democracia com uma presidência fraca, uma ditadura militar de direita e uma democracia com uma presidência forte. E, apesar disso, até onde sabemos, a desigualdade permaneceu” (ibidem, p. 155). Mais à frente, na mesma obra, Przeworski afirma que o Brasil padece de uma “desigualdade econômica intolerável” (ibidem, p. 261).

⁹⁵⁵ Ibidem, pp. 154-155.

⁹⁵⁶ DAHL, R.. **Poliarquia**. São Paulo: EDUSP, 1997, p. 101.

⁹⁵⁷ Ibidem, pp. 109 e 125.

⁹⁵⁸ DWORKIN, R.. **La Democracia Possible**. Barcelona: Paidós, 2008, p. 185.

O caráter do governo democrático usualmente garante aos grupos a habilidade de reagir, através da ação política, contra desvantagens, particularmente contra os fardos que tenham surgido a partir de algum padrão anterior de ação estatal. Ocasionalmente, contudo, a inferioridade coletiva se enraizou de forma tão profunda que não pode ser evitada ou corrigida pelos meios ordinários. A opressão social contribui para o isolamento e a derrota política, o que por sua vez reforça a opressão. Um segmento da população se encontra então alijado da substância da cidadania e da titularidade de direitos. Essa privação compromete a legitimidade de toda a ordem constitucional e social. (tradução livre)⁹⁵⁹

Profunda desigualdade, representação política comprometida, cidadania bloqueada, Estado de bem-estar em crise, participação social limitada: é nesse contexto complexo de falta de alternativas institucionais de transformação que as expectativas dos cidadãos pela realização de seus direitos “deslizam para o interior do Poder Judiciário”⁹⁶⁰. A mobilização democrática na esfera política transmuda-se no aumento da litigância e converte a agenda do acesso à Justiça em política pública de destaque⁹⁶¹. Assim, o direito avança em questões sociais, especialmente na regulação de setores mais vulneráveis, ao tempo que se observa franca substituição de mecanismos institucionais classicamente republicanos pelo Poder Judiciário.⁹⁶²

O cidadão que se vê sem acesso à política, sem partidos e sem vida social organizada, volta-se para a figura do juiz e mobiliza “o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos”⁹⁶³. Esse processo, que Luiz Werneck Vianna descreve como sendo a “judicialização da política e das relações sociais no Brasil”⁹⁶⁴, ganha

⁹⁵⁹ Texto original: “The character of democratic government usually guarantees groups the ability to fight back, through political action, against disadvantage, particularly against the burdens that have arisen from some previous pattern of state action. Occasionally, however, the collective inferiority has taken such deep root that it cannot be avoided or corrected by the standard means. Social oppression contributes to political isolation and defeat, which in turn reinforces oppression. A segment of the population then finds itself denied the substance of citizenship and rightholding. This deprivation jeopardizes the legitimacy of the entire constitutional and social order”. (UNGER, R. M.. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1986, p. 47.)

⁹⁶⁰ VIANNA, L. W. et al. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, pp. 39-85, nov 2007, p. 40.

⁹⁶¹ Ibidem, p. 40.

⁹⁶² Ibidem, p. 41.

⁹⁶³ Ibidem, p. 41.

⁹⁶⁴ VIANNA, L. W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed., 2014.

contornos mais fortes no Brasil com a Constituição de 1988 e, no âmbito da saúde, tem provavelmente o seu desenvolvimento mais notável. Esse processo de judicialização a partir dos pressupostos trazidos pela Constituição de 1988 é o objeto do próximo tópico.

2.3. *Direito, Constituição e Judicialização*

Outorgar direitos nem sempre significa conceder o poder de mudar uma realidade. Os formatos institucionais organizados para implementar os direitos repercutem tanto sobre os incentivos para exercer os direitos quanto sobre os efeitos desse exercício⁹⁶⁵. A afirmação da igualdade de direitos entre os indivíduos é, muitas vezes, desacompanhada de qualquer preocupação com as bases que possibilitam o seu usufruto⁹⁶⁶. O descompasso entre a atribuição de direitos e as possibilidades materiais de seu efetivo exercício é uma clara expressão das consequências das desigualdades socioeconômicas sobre as quais nos temos referido. Os segmentos da população expostos a essa forma de opressão acabam “não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, ficando excluídos da titularidade de direitos fundamentais”.⁹⁶⁷

Tal situação não significa, todavia, que a existência em si dos direitos seja irrelevante. Mesmo que sua fixação seja apenas formal, há delimitação de um ideal socialmente compartilhado que legitima valores igualitários⁹⁶⁸. A legitimidade daí decorrente comporta a busca por alternativas para levar esses direitos a sério e exigir que deixem de ser meros planos nominais para o futuro e se tornem “trunfos

⁹⁶⁵ PRZEWORSKI, A.. **Qué esperar de la democracia**: limites e posibilidades del autogobierno. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2010, p. 93.

⁹⁶⁶ MIGUEL, L. F.. Democracia e sociedade de classes. **Revista Bras. Ciênc. Política**, Brasília, n. 9, pp. 93-117, 2012, p. 101.

⁹⁶⁷ SARLET, I. W.. Direitos Fundamentais a Prestações Sociais e Crise: Algumas Aproximações. In **Espaço Jurídico Journal of Law**, Editora UNOESC, Joaçaba, v. 16, n.2, pp. 459-488, jul. dez. 2015, p. 465.

⁹⁶⁸ MIGUEL, L. F., op. cit., p. 103.

políticos que os indivíduos detêm”⁹⁶⁹. Eles podem, então, ser concretizados mediante o surgimento das condições socioeconômicas para sua aplicação.

Em suma, mesmo quando os direitos sociais permanecem latentes no texto escrito, cumprem um objetivo: “para os detentores do poder são o estímulo que lhes impulsionará à sua realização e para os destinatários do poder significará a esperança de que um dia podem ser levados a cabo”⁹⁷⁰. A espera pela realização dos direitos “prometidos” nas leis e, sobretudo, nas constituições, não pode se tornar excessiva. Os governos incapazes de produzir mudanças significativas no *status quo* acabam por “convidar” outros atores, especialmente o Poder Judiciário ou até a burocracia, para uma participação mais ativa⁹⁷¹. Tal convite foi aceito. Como destaca Luiz Werneck Vianna, é a agenda da promoção da igualdade que promove a difusão do direito na vida social e redefine a relação entre os três Poderes ao adjudicar ao Judiciário funções que permitem o controle dos poderes políticos.⁹⁷²

A conjugação dessa nova arquitetura institucional com o exercício do controle de constitucionalidade da legislação pelo Judiciário complementa o arranjo destinado a submeter o poder soberano às leis por ele outorgadas⁹⁷³. A redefinição das relações entre Direito, Constituição e Judiciário traz, assim, novas perspectivas para a mobilização democrática por igualdade política e socioeconômica, muito embora tais pretensões encontrem limites tanto na forma “estrutural, mas episódica”⁹⁷⁴ da intervenção judicial quanto na própria inadequação dos juízes para desempenhar essa tarefa.⁹⁷⁵

O constitucionalismo é essencialmente um movimento de distribuição do poder, cujo vetor de desenvolvimento se opõe à autocracia e às tentativas de

⁹⁶⁹ DWORKIN, R.. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XV.

⁹⁷⁰ LOEWENSTEIN, K.. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Editora Ariel, 1986, pp. 401-402.

⁹⁷¹ TSEBELIS, G.. **Veto Players and Institutional Analysis. Governance – International Journal of Policy and Administration**, v. 13, n. 4, pp. 441–474, 2000, p. 465.

⁹⁷² VIANNA, L. W. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed., 2014, p. 21.

⁹⁷³ VIANNA, L. W. *et al.* Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, pp. 39-85, nov 2007, p. 41.

⁹⁷⁴ UNGER, R.. **What Should Legal Analysis Become?** Londres/Nova Iorque: Verso, 1996, pp. 30-31.

⁹⁷⁵ Ibidem, pp. 32-33.

concentração desse poder⁹⁷⁶. O produto resultante - a Constituição - é um estatuto legitimado pelas escolhas políticas do povo que contém as liberdades políticas, as garantias de igualdade política e os direitos fundamentais assegurados. Assim, ao fixar as normas do processo democrático e outorgar os direitos fundamentais, a Constituição oferece importante instrumento de garantia da igualdade política, além de representar os compromissos orientadores do Estado Democrático de Direito⁹⁷⁷.

A constitucionalização de direitos fundamentais, segundo Inocêncio Mártires Coelho, transmuda a natureza das constituições, que deixam de ser apenas “catálogos de competências” ou “leis fundamentais do Estado” e se convertem em “Cartas de Cidadania”⁹⁷⁸. A gradual submissão das decisões políticas à exigência de garantia de direitos fundamentais permite que a política possa, em certa medida, se desacoplar “de injunções particularistas, oriundas de grupos sociais específicos, e abrindo-se à inclusão de interesses e aspirações de um público mais variado de indivíduos”⁹⁷⁹.

No Brasil, a despeito da influência histórica e profunda do constitucionalismo, é apenas⁹⁸⁰ na Constituição de 1988 que são lançadas as bases para o processo descrito por Vianna como “judicialização da política e das relações sociais”. Isso porque, dentre vários avanços na reforma da tradição republicana brasileira, ela criou bases mais sólidas para o exercício dos direitos civis de cidadania e para o direito de acesso à Justiça, consagrou o instituto das Ações Civis Públicas, recriou

⁹⁷⁶ LOEWENSTEIN, K., op. cit., p. 35.

⁹⁷⁷ Vale a ressalva de que o uso da expressão “Estado Democrático de Direito” ou mesmo “Estado de Direito” deve ter em conta seu caráter polissêmico (SCHMITT, C., **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 15).

⁹⁷⁸ COELHO, I. M.. **Intepretação Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, pp. 97-98.

⁹⁷⁹ DUTRA, Roberto; CAMPOS, Mauro Macedo. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. **Conexão Política**, Teresina, v. 2, n. 2, pp. 11-47, ago. dez., 2013, p. 34.

⁹⁸⁰ Recordamos que as bases do Estado Social no Brasil, conforme destacado em momento anterior desta pesquisa, foram lançadas na Constituição de 1934, contudo, não correspondiam a uma cidadania ampla, ou seja, não se tratava de direitos universais. A Constituição de 1934 tampouco previa a série de instrumentos jurídicos que, com a Constituição de 1988, ganham destaque nos litígios voltados à implementação de políticas sociais.

o Ministério Público, deu destaque à sociedade organizada⁹⁸¹, dispôs sobre a Defensoria Pública, previu a criação dos juizados especiais.

Tal processo de judicialização alcançou tanto o campo político quanto as relações sociais. A judicialização da política pode ser observada no acesso ao Judiciário por meio de ações diretas para controle de constitucionalidade, situação que ganhou destaque e se tornou “escoadouro do conflito entre sociedade e Estado”⁹⁸². Tais instrumentos, além de servirem à clássica defesa de minorias, também passaram a ser utilizados como “recurso institucional estratégico de governo”⁹⁸³. A judicialização das relações sociais tomou corpo, por exemplo, com a constitucionalização dos juizados especiais (art. 98, inciso I, CF) que, ao facilitar o acesso à Justiça, criou novo canal de expressão para o processo de democratização social.⁹⁸⁴

No campo das políticas sociais, abre-se também um novo campo de atuação do Sistema de Justiça, movimento comumente denominado de “judicialização das políticas públicas”⁹⁸⁵, que se torna viável a partir da construção, na jurisprudência e na doutrina constitucional, do entendimento de que as prestações relativas a direitos sociais são direitos exigíveis na condição de direitos subjetivos, inclusive na esfera individual⁹⁸⁶. Tal construção jurídica veio ao encontro dos anseios de dar efetividade aos direitos sociais conquistados na nova ordem constitucional de 1988. A necessidade de atuação estatal mais ostensiva na seara social, de fato, se fazia presente, especialmente quando observada a forma mais rápida como os direitos

⁹⁸¹ VIANNA, L. W. *et al.*, 2007, op. cit., p. 42.

⁹⁸² *Ibidem*, p. 43.

Vale destacar que a pesquisa mencionada concentra sua análise empírica tão somente nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs), ou seja, não abarca outros instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade.

⁹⁸³ *Ibidem*, p. 44.

⁹⁸⁴ VIANNA, L. W. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2^a ed., 2014, p. 43.

⁹⁸⁵ MENICUCCI, T.; MACHADO, J. Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: Individual Rights versus Collective Rights. **Revista Brasileira de Ciência Política**, v. 4, n. 1, pp. 33-68, 2010, p. 33.

⁹⁸⁶ SARLET, I. W.. Direitos Fundamentais a Prestações Sociais e Crise: Algumas Aproximações. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Editora UNOESC, Joaçaba, v. 16, n.2, pp. 459-488, jul. dez. 2015, p. 461-462.

sociais foram positivados no Brasil, *vis-à-vis* o processo desenvolvido no ocidente europeu.⁹⁸⁷

Assim, com base na Constituição e nas normas que ampliam o rol de comprometimento com direitos concretamente definidos, o plano da política ficou obrigado a executar as políticas públicas “com as quais se compromete por meio do processo de legislativo”⁹⁸⁸. A proteção jurídico-constitucional dos direitos sociais ganhou relevância como instrumento para veicular reivindicações relativas à concepção das políticas públicas, bem como para exigir prestações específicas nas hipóteses em que as políticas estão ausentes, são insuficientes ou mesmo descumpridas. Tal proteção, assim utilizada, passou a proporcionar o “empoderamento” dos cidadãos no plano individual e no coletivo, ainda que a ação concreta exigida não se mostre idealmente a mais efetiva.⁹⁸⁹

Nesse contexto, a judicialização das políticas públicas também se consubstancia em instrumento da proteção do próprio regime democrático, que, conforme argumentamos, segue comprometido pelo “bloqueio” ao efetivo exercício da cidadania. Como destaca Ingo Sarlet, a proteção aos direitos sociais em sua condição subjetiva tem servido para “imprimir à noção de cidadania um novo contorno e conteúdo, potencialmente mais inclusivo e solidário”⁹⁹⁰. Empoderamento do indivíduo e crescimento socialmente inclusivo, vale lembrar, são os dois elementos mais relevantes no desenvolvimento de uma nação.⁹⁹¹

A judicialização das políticas públicas tem alcançado várias políticas sociais, a exemplo da educação pública⁹⁹² e da assistência social⁹⁹³, todavia, é na seara da

⁹⁸⁷ SANTOS, B. S.. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 20.

⁹⁸⁸ DUTRA, R.; CAMPOS, M. M.. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. **Conexão Política**, Teresina, v. 2, n. 2, pp. 11-47, ago./dez., 2013, p. 34.

⁹⁸⁹ SARLET, I. W., op. cit., p. 483.

⁹⁹⁰ Ibidem, p. 483.

⁹⁹¹ UNGER, R. M. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009, p. 65.

⁹⁹² Para estudo sobre a judicialização das políticas públicas educacionais, conferir: MIGUEL FERREIRA, L. A.; JAMIL CURY, C. R.. A judicialização da educação. **Revista CEJ**, v. 13, n. 45, p. 32-45, 2009.

⁹⁹³ Para um amplo estudo da judicialização no âmbito da assistência social, conferir: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **As relações entre o Sistema Único de Assistência Social - SUAS e o Sistema de Justiça**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): IPEA, 2015.

saúde que encontra desenvolvimento mais acentuado, seja pela repercussão alcançada no âmbito da Administração Pública, seja pela receptividade incomum que o Judiciário deu à questão⁹⁹⁴. Conforme destacado na introdução desta pesquisa, a denominada judicialização da saúde tem se intensificado, e a ela têm-se atribuído significativas consequências sociais, institucionais e orçamentárias. Para ela, doravante, se volta nosso foco.

2.4. Judicialização da Saúde como instrumento democrático de afirmação da cidadania

O acesso à justiça para a proteção da saúde tem sido percebido como um exercício democrático e legítimo dos direitos sociais de titularidade dos cidadãos⁹⁹⁵. Isso porque o acesso às instâncias judiciais passou a ser compreendido como uma forma de garantia dos direitos à saúde⁹⁹⁶. João Biehl ainda acrescenta, a partir de pesquisa empírica realizada no estado do Rio Grande do Sul, que a judicialização no âmbito da saúde é, sobretudo, um movimento pelo qual pessoas de baixa renda e pessoas idosas se fazem ouvidas pelo ato de “entrar na justiça”⁹⁹⁷. Pela judicialização, tais indivíduos agem como sujeitos políticos em face do Estado, de forma a responsabilizá-lo e a expor as consequências da “*Realpolitik*” praticada pelo Executivo e Legislativo⁹⁹⁸.

A leitura que os pesquisadores acima citados fazem a partir do campo das ciências sociais, em certa medida, se aproxima da abordagem que temos proposto

⁹⁹⁴ Nesse sentido, conferir: SANT’ANA, R. N.. **A Saúde aos Cuidados do Judiciário: A Judicialização das Políticas Públicas de Assistência Farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF**. 2009. Dissertação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2009, p. 23.

⁹⁹⁵ Boaventura de Souza Santos, ao se deparar com a judicialização, assevera que “as pessoas, que têm consciência dos seus direitos, ao verem colocadas em causa as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para as protegerem ou exigirem a sua efectiva execução” (SANTOS, B. S.. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 29).

⁹⁹⁶ DUTRA, R.; CAMPOS, M. M., op. cit., loc. cit..

⁹⁹⁷ BIEHL, J.. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health and Metamorphosis of Biopolitics. **Lua Nova**, n. 98, pp.77-105, 2016, p. 94.

⁹⁹⁸ Ibidem, p. 94.

para o tema da judicialização da saúde ao longo desta pesquisa. Conforme já argumentamos, a judicialização é essencialmente uma reação ao contexto de exclusão que se manifesta de diversas formas, mas que conduz aos mesmos resultados de iniquidade na distribuição dos cuidados e na precarização dos serviços de saúde ofertadas às classes populares – quando não à completa negativa de acesso. Tal situação é subproduto tanto do descompasso entre normas e práticas institucionais, quanto da dubiedade governamental, que produz políticas de saúde pública inspiradas em um modelo universalista e políticas econômicas e regulatórias desenhadas para estimular outro modelo – privatizado e segmentado. A insurgência contras tais iniquidades historicamente construídas é um ato de afirmação da cidadania e do regime democrático, afinal, o caminho escolhido pelo Brasil a partir de 1988 claramente não é o da exclusão⁹⁹⁹. O uso do direito e do Sistema de Justiça para dar braços e armas a esta insurgência é tão legítimo e democrático quanto a consagrada mobilização política oriunda da participação social.

Ocorre que, além de legítima e democrática, a judicialização da saúde tem sido, para muitos indivíduos e grupos, alternativa mais viável e efetiva do que os mecanismos atuais de participação social, em que pese o histórico engajamento e os avanços obtidos por IPs, como o Conselho Nacional de Saúde¹⁰⁰⁰. Além das limitações gerais já destacadas, a participação social na seara da saúde, no que tange aos interesses das classes populares, esbarra exatamente na dificuldade desse grupo de excluídos¹⁰⁰¹ de se organizar adequadamente em grupos de interesse e, assim, exercer a pressão política e articular os *lobbies* tão característicos do funcionamento do sistema político brasileiro. A participação é limitada, ainda, pelo desinteresse das elites econômica e burocrática e,

⁹⁹⁹ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F.. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (Orgs.). **La Protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 256.

¹⁰⁰⁰ Nesse sentido, conferir: BARBOSA DA SILVA; F. A.; ABREU, L. E. L.. **Saúde: capacidade de luta – a experiência do Conselho Nacional de Saúde**. Texto para discussão 933. Brasília: IPEA, 2002.

¹⁰⁰¹ LUNA, L.. Fazer viver e deixar morrer: a má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, J. (Org.). **A Ralé Brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009, p. 312.

notadamente, da própria classe média pelo fortalecimento do SUS, tendo em vista a acomodação de seus interesses na organização segmentada ofertada pelo mercado privado – parcialmente subsidiada pelo Estado, não olvidemos. Telma Menicucci bem resume essa situação:

A ausência de suporte político por parte de grupos sociais relevantes e pelos principais afetados positivamente por uma política de saúde inclusiva demonstra também a inexistência de um consenso societário pela publicização efetiva da assistência à saúde, entendendo-se por isso a incorporação de todos os cidadãos ao Sistema Único de Saúde (SUS), legalmente garantida nos princípios constitucionais, mas de fato negada na realidade da assistência tal como ela tem se efetivado no país.¹⁰⁰²

Nesse cenário, o suporte político mais relevante – ou a falta dele – é aquele representado pela classe média. Nos países em desenvolvimento, como o Brasil, a disposição política da classe média é essencial para o sucesso da adoção de sistemas de saúde universais. Nos países onde a classe média tem buscado cobertura e tratamento por intermédio de planos de saúde ou mediante gastos privados, os esforços para estabelecer o acesso universal à saúde têm sido frustrados, uma vez que há redução dos incentivos para que se estendam os benefícios aos outros segmentos sociais.¹⁰⁰³

Os fatos recentes têm denotado redução do engajamento da classe média brasileira pelo fortalecimento do modelo público. Nesse sentido, vale salientar que, enquanto iniciativas de desfinanciamento do SUS (Novo Regime Fiscal) e de expansão do mercado privado (regulamentação dos planos “acessíveis”) seguem sendo implementadas, praticamente não se debatem as isenções fiscais irrestritas aos gastos com saúde no mercado privado, que têm aumentado ano após ano, ou os benefícios de saúde pagos com recursos públicos a determinados segmentos do funcionalismo público. Tais comportamentos do governo e da classe média, longe de serem imprevisíveis, seguem exatamente o caminho politicamente mais “seguro”

¹⁰⁰² MENICUCCI, T. M. G.. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 292.

¹⁰⁰³ BRITNELL, M. **In Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015, p. 157.

e ameno, que é a adoção de estratégias conservadoras e excludentes na defesa de interesses¹⁰⁰⁴.

Não à toa, a tendência observada em âmbito internacional indica que as reduções de investimento público em saúde geram resistências políticas menores do que eventuais restrições da co-participação estatal no financiamento das escolhas dos consumidores¹⁰⁰⁵. Em suma, no cenário de austeridade atual, a redução de custos com saúde encontra menos resistência política se feita nos recursos do SUS do que nos benefícios ofertados aos consumidores dos planos de saúde.

Assim, na ausência de expectativas de maiores transformações advindas dos atuais mecanismos de participação social institucionalizados ou da mobilização política das classes populares ou da classe média, é razoável afirmar que **o movimento de intensa judicialização da saúde permanecerá sendo utilizado como instrumento de concretização do direito à saúde**. A iminente regulamentação dos planos acessíveis tende a reforçar essa tendência, uma vez que os atualmente existentes já têm impulsionado o processo de judicialização¹⁰⁰⁶. Daí a importância central de se dar atenção especial à questão da judicialização da saúde.

Há amplo reconhecimento de que a atuação do Sistema de Justiça é instrumento legítimo para dar eficácia material ao direito à saúde, previsto na Constituição¹⁰⁰⁷, mas ela mesma não oferece os critérios para decidir os exatos contornos desse direito, tarefa que fica reservada aos órgãos políticos competentes

¹⁰⁰⁴ UNGER, R. M.. **Democracia realizada: a alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo, 1999, pp. 17-18.

¹⁰⁰⁵ TUOHY, C. *et al.* How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**, Duke University Press, v. 29, n. 3, pp.359-396, 2004, p. 388.

¹⁰⁰⁶ BAHIA, Lígia et al. Private health plans with limited coverage: the updated privatizing agenda in the context of Brazil's political and economic crisis. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016, p. 3.

¹⁰⁰⁷ Para um exemplo, conferir: DALLARI, S. G. NUNES JÚNIOR, V. S. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 93.

para “definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica”¹⁰⁰⁸. Em decorrência disso, há acirrado e complexo debate em torno da determinação de qual conteúdo pode ser depreendido do texto constitucional e, por conseguinte, exigido por intermédio dos instrumentos jurídicos¹⁰⁰⁹. Em articulação com esse debate, há, ainda, ampla reflexão sobre o escopo de qual tutela judicial deve ser assumida, se individual ou coletiva.

O grande volume de ações e o significativo impacto na gestão da saúde têm conduzido à intensificação das críticas no âmbito da pesquisa acadêmica, da mídia, da Administração Pública e do Legislativo. A partir de tais críticas, se articulam inúmeras proposições para lidar com a supostamente excessiva intervenção judicial ou o efeito desestruturante da judicialização sobre o sistema de saúde¹⁰¹⁰. As propostas variam desde ponderações sobre um conjunto de medidas para realizar a “desjudicialização da saúde”^{1011,1012} até iniciativas legislativas para, literalmente, proibir decisões judiciais em determinadas situações¹⁰¹³. Ademais, são constantes as assertivas em prol da valorização da tutela coletiva em relação à tutela

¹⁰⁰⁸ SARLET, I. W.. Direitos Fundamentais a Prestações Sociais e Crise: Algumas Aproximações. In **Espaço Jurídico Journal of Law**, Editora UNOESC, Joaçaba, v. 16, n.2, p. 459-488, jul. dez. 2015, p. 471.

¹⁰⁰⁹ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F.. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (Orgs.). **La Protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 252.

¹⁰¹⁰ BISOL, J.. Judicialização desestruturante: revezes de uma cultura jurídica obsoleta. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (Orgs.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, v. 4, 2008, p. 327.

¹⁰¹¹ CIARLINI, A.. Desjudicialização da Saúde: um Bem Necessário? Porto Alegre: **DPU**, v. 6, n. 28, p. 102-106, 2009.

¹⁰¹² No mesmo sentido, conferir: ALÔ, B. R.. **Desjudicializando o direito à saúde**: o papel da defensoria pública nesse processo. **CEJ**, v. 20, n. 70, 2016.

¹⁰¹³ BRASIL. Senado Federal. **A “Agenda Brasil” sugerida por Renan Calheiros**. Brasília: Agência Senado, 11 ago. 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/10/a-agenda-brasil-sugerida-por-renan-calheiros>

Acesso em: 16 ago. 2017.

individual¹⁰¹⁴, ou mesmo a descrença em qualquer potencial de benefício dos litígios individuais para o sistema de saúde.¹⁰¹⁵

As diversas críticas e as iniciativas para, de variadas formas, se conter a judicialização merecem olhar cuidadoso e preocupado. Isso porque, conforme destacamos, a busca do sistema de justiça por garantir efetivo acesso à saúde tem sido alternativa utilizada por muitos indivíduos, em face da iniquidade e da exclusão decorrentes da desnaturação do modelo público de saúde brasileiro. Tolher esse instrumento de afirmação da cidadania sob uma suposta alegação de que a judicialização compromete a organização do sistema de saúde é ignorar as verdadeiras causas da desestruturação da saúde pública: a injustiça, a exclusão no acesso, o desfinanciamento do SUS, a segmentação do cuidado, a precarização dos serviços públicos.

A energia empregada no debate em torno da judicialização pode ser melhor utilizada para aperfeiçoar esse instrumento democrático, notadamente em seu aspecto atualmente mais carente de desenvolvimento: o institucional. O potencial de contribuição do sistema de justiça para a proteção do modelo público de saúde e da equidade no acesso pode ser melhor explorado pelo desenvolvimento de arranjos institucionais que viabilizem o uso do direito à saúde como instrumento de efetiva mudança da realidade social.

Nesse sentido, avanço chave no estudo da judicialização da saúde está na superação da dicotomia no debate acerca da conveniência de se judicializar ou desjudicializar. A questão principal não está em definir se devemos ter mais judicialização ou menos judicialização no campo da saúde. A pergunta que devemos nos fazer é: **qual judicialização?**

¹⁰¹⁴ CIARLINI, A. L. de A. S.. **Direito à Saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22-23.

¹⁰¹⁵ WANG, D. W. L.. **Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?: the judicial review of rationing decisions in brazil and England**. 2013. Tese – London School of Economics, Londres, 2013, p. 294.

A interface entre direito e saúde tem se mostrado muito rica, tanto que se tornou via amplamente utilizada pela população brasileira para ter suas demandas ouvidas pelo Estado. Essa experiência não pode ser perdida, ignorada ou tampouco abafada. A tarefa do direito e dos juristas face a tal desafio deve ser a de imaginar como essa oportunidade pode ser aproveitada para promover mudanças na sociedade e em suas instituições, em prol de mais inclusão e progresso para a saúde da população.

Encerramento do capítulo

No presente capítulo nos dedicamos a compreender o processo de formação do sistema de saúde brasileiro e sua relação com o direito. No primeiro passo, buscamos indicar algumas das condições históricas, políticas e sociais que contribuíram para a estruturação de um modelo de saúde injusto, apesar dos avanços jurídicos e institucionais da Reforma Sanitária Brasileira e da Constituição Federal de 1988.

Em um segundo passo, nos voltamos para as condições de perpetuação dessa realidade. Encontramos nas desigualdades sociais profundas e persistentes da sociedade brasileira fator inibidor da mobilização política e da participação social em prol da efetivação do modelo público e universal de saúde. Diante de tal constatação, destacamos como o processo de judicialização da política e das relações sociais se tornou um instrumento democrático de afirmação dos direitos sociais decorrentes da cidadania. Tal instrumento ganhou ampla repercussão no campo sanitário, de forma que a judicialização da saúde chamou atenção e trouxe críticas para as consequências da interface entre os sistemas de saúde e de justiça.

Análise preliminar do amplo debate em torno da judicialização da saúde nos permitiu lançar a hipótese de que há uma limitação nas análises que se posicionam por mais ou menos atuação do Sistema de Justiça. Para aproveitar o potencial de transformação social que a judicialização oferece, buscamos investigar quais

avanços institucionais podemos trazer ao contexto atual, ou seja, devemos nos perguntar: de qual judicialização precisamos?

Tal pergunta guia, doravante os esforços da presente pesquisa. Antes de tentar respondê-la, nos debruçaremos em análise mais detalhada do debate que, no Brasil, cerca atualmente a judicialização da saúde. A intenção é compreender melhor as principais críticas e propostas para lidar com judicialização

CAPÍTULO IV

CONTEXTUALIZAÇÃO CRÍTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

A estabilidade do SUS depende, portanto, da constituição de uma sociedade que busque sempre lidar, de modo democrático, com a contradição entre direitos e interesses individuais e a constituição de modos de governar voltados para o coletivo.

(Gastão Wagner de Sousa Campos, 2015)

A judicialização da saúde é instrumento democrático voltado à garantia do direito social à saúde. Tal assertiva, contudo, deve ser contextualizada em um cenário de amplo dissenso sobre a conveniência da atuação do sistema de justiça no âmbito da saúde, especialmente da saúde pública. Por tal razão, no presente capítulo nos voltamos para os debates institucional e acadêmico acerca da judicialização da saúde.

Em um primeiro momento descrevemos a evolução da judicialização no Brasil com especial atenção aos desdobramentos da Audiência Pública n. 4 do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, voltamos nossa atenção ao atual momento de inflexão representado pelo julgamento de recursos extraordinários com efeitos vinculantes para toda a magistratura brasileira.

No passo seguinte, nos voltamos para o debate acadêmico e para a descrição dos principais posicionamentos críticos acerca da judicialização da saúde. A partir da avaliação conjunta do debate institucional e acadêmico, sugerimos a reorientação de ambos para a construção de solução para os problemas mais prementes que enfrentam os usuários do SUS: o acesso aos serviços de saúde previstos nas políticas públicas.

1. A evolução do debate institucional sobre a judicialização da saúde no Brasil

A judicialização da saúde tem ganhado expressão cada vez maior no debate político e jurídico nacional, refletindo uma tendência cada vez mais presente em âmbito internacional¹⁰¹⁶. Tal movimento, o Brasil, pode ser observado a partir de variados aspectos. No presente tópico, nos debruçaremos sobre três deles, pois corroboram e ilustram nossa assertiva sobre o gradual aumento da importância e da repercussão que o tema tem alcançado. Assim, em primeiro lugar, destacaremos julgamentos e iniciativas institucionais que marcaram a evolução do tratamento dado à judicialização pelo Sistema de Justiça, em especial, a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Em seguida, daremos destaque às informações sobre o aumento dos números de demandas judiciais relacionadas à saúde e sobre as repercussões financeiras da judicialização para a gestão do SUS. Por fim, destacaremos a mobilização institucional mais recente do Poder Executivo para lidar com tal expansão, qual seja, demandar ao Poder Judiciário a elaboração de critérios vinculantes para a atuação dos magistrados em todo o país.

1.1. Contornos iniciais do debate e a Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal

Os primeiros contornos da judicialização da saúde no Brasil são atribuídos, por diversos pesquisadores, ao movimento de afirmação de direitos por pessoas portadoras do vírus HIV, sobretudo para garantia de acesso a medicamentos e implementação de uma política de assistência farmacêutica para esse segmento de

¹⁰¹⁶ Alicia Ely Yamin observa que a garantia do direito à saúde pelas Cortes Judiciais é uma tendência observada nos últimos 20 anos e que ganhou especial destaque na última década em diversos países da América do Sul, Ásia, Europa e África. (YAMIN, A. E.. Promoting equity in health: What role for courts? **Health & Human Rights**, v. 16, n. 2, 2014, p. 01).

pacientes^{1017,1018,1019}. A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal (STF), que, no julgamento do RE 271.286/RS AgR, publicado em novembro de 2000, reconheceu o direito público subjetivo à saúde do paciente, bem como o dever do Estado de oferecer tratamento medicamentoso, tal como havia sido garantido na Lei nº 9.313/96. Essa decisão se tornaria um *leading case* a orientar a questão.¹⁰²⁰

Na década que se seguiu, assistiu-se a uma intensa ampliação do número de ações ajuizadas, tanto no âmbito da Justiça Estadual quanto na Justiça Federal. A ampliação foi acompanhada de elevado índice de sucesso obtido nas referidas demandas. Tal situação foi identificada em diversas unidades da Federação, nas quais foram realizadas pesquisas empíricas com características semelhantes: análise do conteúdo de decisões judiciais acerca de pedidos de antecipação de

¹⁰¹⁷ Nesse sentido, conferir: BIEHL, J.. The judicialization of biopolitics: Claiming the right to pharmaceuticals in Brazilian courts. **American Ethnologist**, v. 40, n. 3, pp. 419-436, 2013, p. 420-421.

No mesmo sentido: ROMERO, L. C.. Judicialização das Políticas de Assistência Farmacêutica: o caso do Distrito Federal. **Consultoria Legislativa do Senado Federal**. Brasília, 2008, p. 18.

¹⁰¹⁸ Vale destacar que estudos com enfoque na atuação de movimentos sociais não atribuem às decisões do Judiciário papel central na formulação de políticas públicas para o tratamento de determinada doença. No caso específico da AIDS, as ações do Ministério da Saúde foram além da dispensação de medicamentos, pois abarcaram também campanhas de prevenção, atuação internacional para quebra de patentes, dentre outras ações. Ademais, outros atores sociais, além do Judiciário, atuaram ativamente para a construção do programa brasileiro de combate à AIDS. O contexto da formulação dessa política é assim descrito por Adriana Miranda: “[...] alguns fatores foram essenciais para que uma política de distribuição de medicamentos de HIV fosse implantada no Brasil: existência de uma rede básica de serviços estruturada para oferecer atenção à saúde de toda população brasileira de forma gratuita, universal, integral e descentralizada; capacitação de recursos humanos do SUS em diagnósticos e HIV/AIDS e o fortalecimento de laboratórios públicos” (MIRANDA, A. A.. **Movimentos sociais, AIDS e cidadania: o direito à saúde no Brasil a partir das lutas sociais**. 2007. Dissertação- Universidade de Brasília, Brasília, 2007, pp.126). Avaliação semelhante é feita por João Biehl, que destaca o fato de o Brasil ter sido o primeiro país em desenvolvimento a garantir acesso universal à terapia antirretroviral à população soropositiva. Em sua avaliação, “essa política pública salvadora de vidas passou a existir por uma inesperada aliança de ativistas, gestores reformistas, instituições de desenvolvimento e a indústria farmacêutica” (Livre tradução de: “This lifesaving policy came into existence through an unexpected alliance of activists, government reformers, development agencies and the pharmaceutical industry”, BIEHL, J. **Will to live: AIDS therapies and the politics of survival**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007, p. 3.)

¹⁰¹⁹ O acesso a terapias antirretrovirais também foi uma prática pioneira de judicialização em outros países. Conferir: YAMIN, A. E. Promoting equity in health: What role for courts?. **Health & Human Rights**, v. 16, n. 2, 2014, p. 2.

¹⁰²⁰ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F.. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (Orgs.). **La Protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 288-289.

tutela para o fornecimento de medicamentos. No Distrito Federal, Silvia Marques e Maria Célia Delduque avaliaram 89 processos ajuizados entre 2005 e 2008, identificando que, em todos aqueles em que a parte autora demandou a antecipação da tutela, ela foi concedida¹⁰²¹. Em pesquisa no Rio de Janeiro, Miriam Ventura *et al* identificaram que em todos os casos analisados – 289 decisões liminares entre 2007 e 2008 – a tutela antecipada requerida foi concedida, total ou parcialmente¹⁰²². Pesquisa ainda mais ampla foi conduzida por Denise Travassos *et al*, que abarcou 558 acórdãos proferidos em 2009 nos Tribunais de Justiça dos estados de Pernambuco, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, constatando que houve alta incidência de pedidos liminares (83,8%), quase sempre deferidos (91,2%). No mérito, o índice de decisões favoráveis aos demandantes é ainda maior: 97,8%.¹⁰²³

A acentuada tendência identificada nos Tribunais locais foi refletida também no STF, que, no período entre 1997 e 2007, decidiu 31 casos relacionados a tratamentos de saúde, com julgados sempre favoráveis aos pacientes¹⁰²⁴. A situação de aumento no número de demandas judiciais combinada com o amplo índice de deferimento dos pedidos conduziu a um movimento de busca por critérios para orientar a atuação jurisdicional dos magistrados¹⁰²⁵ e, ao mesmo tempo, estimular outras formas de lidar com os litígios em saúde¹⁰²⁶.

Foi nesse contexto que o então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, convocou **audiência pública** para promover amplo debate acerca da judicialização

¹⁰²¹ DELDUQUE, M. C.; MARQUES, S. B.. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. **Tempus Actas de Saúde Coletiva**, v. 5, n. 4, pp. 97-106, 2011, p. 101.

¹⁰²² VENTURA, M. *et al*. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis-Revista de Saúde Coletiva**, v. 20, n. 1, 2010, pp. 92-93.

¹⁰²³ TRAVASSOS, D. V. *et al*. Judicialização da saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 11, 2013, pp. 3422-3423.

¹⁰²⁴ WANG, D. W. L.. **Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?** The judicial review of rationing decisions in brazil and England. 2013. Tese (Doutorado em Ciências econômicas) – London School of Economics. Londres. 2013, pp. 55-56.

¹⁰²⁵ Dentre outras pesquisas, conferir: SANT'ANA, R. N.. **A Saúde aos Cuidados do Judiciário: A Judicialização das Políticas Públicas de Assistência Farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF**. 2009. Dissertação - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2009..

¹⁰²⁶ Nesse sentido conferir: CIARLINI, A. Desjudicialização da Saúde: um Bem Necessário? **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 6, n. 28, pp. 102-106, 2009.

da saúde e seus impactos¹⁰²⁷. A audiência, realizada entre abril e maio de 2009, representou um **marco para a judicialização da saúde no Brasil**, pois dela decorreram ao menos quatro importantes consequências: i) o posicionamento claro de instituições e atores sociais sobre as consequências da judicialização; ii) a definição de diversas iniciativas institucionais a serem tomadas; iii) o estabelecimento, pelo STF, de um conjunto de orientações jurisprudenciais; e iv) a criação do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

Em **primeiro lugar**, importante salientar que a audiência pública representou, primordialmente, oportunidade de exposição de diferentes pontos de vista a partir da fala dos representantes da gestão do SUS, dos operadores do direito e de segmentos da sociedade civil (usuários, profissionais de saúde e instituições de ensino e pesquisa). Característica presente na fala da maioria dos 50 palestrantes foi a vinculação das suas opiniões ao posicionamento da instituição ou segmento representado. Os expositores vinculados à gestão do SUS apresentaram tendência maior a destacar as consequências negativas e a necessidade de impor limites e critérios à judicialização da saúde. Entre os palestrantes vinculados às representações da sociedade civil, foi marcante a defesa da atuação da Justiça em prol do acesso à saúde. Quanto aos operadores do direito, tendência semelhante foi identificada, exceto entre aqueles vinculados aos órgãos de advocacia pública, que mantiveram posicionamento semelhante ao dos representantes da gestão¹⁰²⁸.

Do conjunto de críticas apresentadas naquela oportunidade, destacamos duas que orientam até o momento atual os debates em torno do tema. Uma delas tem escopo na suposta violação à equidade de tratamento, pois “a judicialização da

¹⁰²⁷ O ato convocatório está disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf

Acesso em: 18 ago. 2017.

¹⁰²⁸ MACHADO, F. R. de S.; DAIN, S.. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista de Administração Pública-RAP**, v. 46, n. 4, 2012, pp. 1023-1025.

saúde gera dois tipos de cidadãos, os com liminar e os cidadãos que devem se submeter aos trâmites burocráticos e às filas do SUS”¹⁰²⁹. Trata-se de crítica a uma injustiça no plano individual, que deu suporte até a propostas no sentido de que apenas aos mais pobres deveria ser reservado o direito de ingressar com ações na justiça, de modo a evitar que os “mais favorecidos” tenham acesso privilegiado “via liminar”¹⁰³⁰. Ademais, fora também construído argumento sobre possível injustiça no plano coletivo, a partir da apresentação de dados relativos aos gastos realizados no setor saúde. O argumento se baseia na tentativa de associar os valores gastos em cumprimento de ordens judiciais com a redução nas verbas da saúde para a maior parte da população, ainda que, por vezes, os gestores tenham se limitado a apenas apresentar dados financeiros sem a necessária correlação com o contingenciamento alegado¹⁰³¹.

Ao lado das críticas acima expostas e da defesa do acesso à justiça como instrumento legítimo de concretização dos direitos sociais, duas outras ponderações merecem especial atenção, pois veiculam preocupações importantes sobre equivocados movimentos de limitação do escopo da judicialização da saúde. A primeira delas é apresentada pelo professor Ingo Sarlet, que destaca que a maior parte das hipóteses de judicialização dizem respeito a negativa dos serviços já disponibilizados, ou seja, previstos em lei e nos protocolos do SUS¹⁰³². Daí que se preocupa que eventual obstáculo no acesso à justiça poderá impor uma **dupla exclusão**, que “a exclusão de quem não recebe nem o medicamento que o protocolo, a lei impõem o fornecimento e a dupla exclusão de que essa pessoa não poderia, então, buscar o Poder Judiciário, seja por via coletiva, seja por via

¹⁰²⁹ Ibidem, p. 1029.

¹⁰³⁰ Ibidem, p. 1029.

¹⁰³¹ Ibidem, p. 1030.

¹⁰³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal **O acesso às prestações de saúde no Brasil** – desafios ao Poder Judiciário. Ingo W. Sarlet, p. 5. . Notas taquigráficas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf>

Acesso em: 18 ago. 2017.

individual”¹⁰³³. Em suma, o cidadão assim excluído teria de se contentar apenas com o sistema existente, e não com o previsto na norma.

A segunda manifestação a ser destacada é a do promotor Jairo Bisol, representante da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde (Ampasa), que expressou a preocupação de que a garantia de universalidade do SUS seja “confundida com a mera inserção ou permanência de algum segmento da população no mercado, irracional e excludor, de consumos de bens e serviços de saúde”. Nesse sentido, alertou que o “titular do direito à saúde é um cidadão e não um consumidor”.¹⁰³⁴

O cotejo entre as duas ponderações acima destacadas sugere um desafio aos juristas e gestores: **como a judicialização pode ser utilizada como instrumento de inclusão e acesso à saúde sem servir ao agravamento da mercantilização do sistema de saúde brasileiro?** Embora esse desafio já tenha sido identificado na mencionada audiência pública ocorrida em 2009, ainda carecemos de iniciativas institucionais para enfrentá-lo.

Uma **segunda consequência** positiva observada a partir da audiência pública é a implementação de um conjunto de iniciativas institucionais que haviam sido reiteradamente mencionadas pelos palestrantes. Pesquisa realizada por Dalila Gomes *et al* auxilia a ilustrar essa situação, pois foi realizada a decomposição dos discursos de todos palestrantes, chegando-se ao total de 29 sugestões de iniciativas¹⁰³⁵. Destacamos aqui as 4 medidas que foram mencionadas por ao menos uma dezena de palestrantes: 1) aprimoramento da atuação das instâncias regulatórias no Brasil: ANVISA (registro) e CITEC (incorporação ao SUS); 2) Consideração por parte do Judiciário dos protocolos clínicos e das diretrizes

¹⁰³³ Ibidem, p. 6.

¹⁰³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notas taquigráficas. **Gestão do Sus** – Legislação do Sus e Universalidade do Sistema. Jairo Bisol, p. 8. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Jairo_Bisol.pdf> Acesso em: 18 ago. 2017.

¹⁰³⁵ GOMES, D. F. *et al*. Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?. **Saúde em Debate**, v. 38, n. 100, pp. 139-156, 2014, pp. 149-150.

terapêuticas do Ministério da Saúde, os quais devem ser atualizados periodicamente e com maior participação de instituições afins; 3) Fornecimento de assessoria técnica ao Judiciário; 4) Regulamentação da Emenda Constitucional (EC) 29¹⁰³⁶.

Interessante notar que, em maior ou menor grau, todas as demandas acima indicadas foram convertidas em iniciativas legislativas ou institucionais nos anos que se seguiram à realização da audiência. De fato, o processo de incorporação de tecnologia ao SUS foi sensivelmente aprimorado pela Lei 12.401 e pelo Decreto 7.646, ambos de 2011, que estabeleceram novas diretrizes procedimentais, criando a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), substituindo a CITEC. Tal avanço institucional é reconhecido como uma decorrência da judicialização da saúde¹⁰³⁷. Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) passaram a receber destaque tanto nos precedentes do STF, conforme destacaremos à frente, quanto nos enunciados aprovados nas Jornadas de Direito à Saúde do CNJ¹⁰³⁸. Além disso, no âmbito do Executivo, finalmente foi suprida a omissão histórica e instituída a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, por intermédio da Portaria nº 199, de 30 de janeiro de 2014,

¹⁰³⁶ Ibidem, p. 149.

¹⁰³⁷ WANG, D. W. L.. **Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?:** the judicial review of rationing decisions in brazil and England. Tese (Doutorado em Ciências econômicas) – London School of Economics. Londres. 2013, p. 2.

¹⁰³⁸ Nesse sentido, os enunciados nº 04 e 16. Enunciado nº 04: “Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêuticas, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado”. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>

Acesso em: 22 ago. 2017.

Enunciado nº 16: “Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS”. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf

Acesso em: 18 ago. 2017.

e, em conjunto, estabelecida meta de publicação de 47 PCDTs no âmbito dessa iniciativa até o ano de 2018¹⁰³⁹.

No que tange à demanda pelo fornecimento de assessoria técnica ao Judiciário, foram criados, em vários tribunais brasileiros, assessorias técnicas, a partir da Recomendação nº 31, de março de 2010, expedida pelo CNJ¹⁰⁴⁰. Tais assessorias foram aperfeiçoadas e deram origem aos “Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário” (NAT-JUS), conforme estruturação que passou a fazer parte da política judiciária para o setor prevista nos artigos 1º, §1º e §5º, da Resolução 238, de 6 de setembro de 2016 do CNJ¹⁰⁴¹. Por fim, a EC 29 foi regulamentada pela Lei Complementar nº 141, de 2012, cujo detalhamento está lançado no Capítulo I.¹⁰⁴²

O **terceiro avanço** ao qual fizemos menção se refere ao estabelecimento, pelo STF, de um novo conjunto de orientações jurisprudenciais a partir dos diversos julgamentos que ocorreram após a realização da audiência pública. Dentre os vários julgamentos, merece destaque a paradigmática¹⁰⁴³ Suspensão de Tutela

¹⁰³⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Ministério da Saúde lança protocolos clínicos para 12 doenças raras**. Brasília, Ministério da Saúde, 16 jun. 2015. Doenças raras. Disponível em:

<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/18086-ministerio-da-saude-lanca-protocolos-clinicos-para-12-doencas-raras>

Acesso em: 19 ago. 2017.

¹⁰⁴⁰ O texto completo da Recomendação mencionada está disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_2210_2012173049.pdf

Acesso em: 19 ago. 2017.

¹⁰⁴¹ Art. 1º (...) § 1º O Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NATJUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do art. 156 do Código de Processo Civil Brasileiro. (...) § 5º Os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) terão função exclusivamente de apoio técnico não se aplicando às suas atribuições aquelas previstas na Resolução CNJ 125/2010.

¹⁰⁴² Além dos quatro pontos destacados, outras sugestões oriundas da gestão do SUS foram incorporadas pelo Sistema de Justiça. Nesse sentido, pesquisa de Alethele Santos *et al* sobre os argumentos utilizados pelos palestrantes indica que a “absorção dos argumentos expostos na audiência pública, pelo subsistema jurídico, foi de cerca de 20% dos argumentos totais” (SANTOS, A. de Oliveira *et al*. Os discursos na Audiência Pública da Saúde e seu impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais. **Saúde e Sociedade**, v. 24, n. 1, pp. 184-192, 2015, p. 191).

¹⁰⁴³ Dentre as pesquisas que atribuem essa qualidade à STA 175, conferir: SARLET, I. W.; ZOCKUN, C. Z.. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, n. 2, pp. 115-141, 2016, p. 128.

Antecipada (STA) 175/CE, julgada em 17 de março de 2010¹⁰⁴⁴. Tal precedente reconheceu o acesso à justiça como forma de garantir prestações específicas relacionadas à saúde, bem como a importância de se assegurar o “mínimo existencial” desse direito, mas contextualizou tais assertivas com a necessidade de conciliar as dimensões subjetivas (individual e coletiva) e objetivas do direito à saúde.¹⁰⁴⁵

Dessa forma, a interpretação dada pelo STF ao direito à saúde reconhece a preponderância da dimensão fundamental do direito social à saúde e se inclina para adoção do posicionamento doutrinário pela proteção de um mínimo existencial¹⁰⁴⁶. Tal proteção seria instrumentalizada pela exigibilidade, em juízo, de prestações concretas a partir destes direitos, ainda que de forma originária, ou seja, em situações nas quais tal prestação não esteja prevista diretamente no texto da legislação e das políticas públicas¹⁰⁴⁷. Por tal razão, foi recebida como uma decisão ponderada, mesmo por entidades representantes da gestão do SUS, como o CONASS, que afirmou ter o STF reconhecido que “a efetivação do direito à saúde deve dar-se mediante política pública, todavia, admitidas exceções”.¹⁰⁴⁸

A tentativa de conciliar tais aspectos se deu a partir da indicação de critérios que têm nas políticas públicas de saúde existentes o ponto focal. O Ministro relator

¹⁰⁴⁴ A STA 175 é a primeira de uma série de 9 casos sobre direito à saúde apreciados pelo STF no mês de março de 2010. Para pesquisa mais detalhada, conferir: WANG, D. W. L.. **Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?** the judicial review of rationing decisions in brazil and England. Tese (Doutorado em Ciências econômicas) – London School of Economics. Londres. 2013, p. 78 *et seq.*

¹⁰⁴⁵ Nesse sentido, conferir: SARLET, I. W.. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pp. 342-343.

¹⁰⁴⁶ Ana Paula de Barcellos assim define o referido conceito: “O chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias” (BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais** - o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002).

¹⁰⁴⁷ Para uma descrição detalhada dos diversos posicionamentos doutrinários sobre o reconhecimento de direitos subjetivos originários a prestações sociais e o debate acerca da proteção do mínimo existencial, conferir: SARLET, op. cit., pp. 313-382.

¹⁰⁴⁸ Nesse sentido, conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Direito à Saúde**. Brasília: CONASS, 2015, p. 12.

parte da premissa fática, colhida na audiência pública, de que o descumprimento delas é a origem principal da judicialização, **“pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”**¹⁰⁴⁹. Assim, o precedente indica que, nos casos em que há política pública descumprida, o desrespeito ao direito subjetivo público do cidadão é evidente¹⁰⁵⁰. Nos casos em que a demanda concreta não está prevista nas políticas públicas de saúde, o julgado indica que **“é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”**¹⁰⁵¹.

Com bases nesses critérios de avaliação, o precedente orienta que: i) o registro do produto na ANVISA é condição necessária, exceto nos casos de autorização específica de importação dada pela referida Agência¹⁰⁵²; ii) as opções de tratamento previstas nas listas e protocolos do SUS devem ser priorizadas, pois o SUS filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”¹⁰⁵³; iii) exceção pode ocorrer nos casos de comprovada a ineficácia ou impropriedade da política prevista para o caso específico do demandante, ou seja, deve-se comprovar que o tratamento oferecido pelo SUS não é alternativa eficaz para o caso do paciente¹⁰⁵⁴; iv) no caso de inexistência de tratamento previsto no SUS, cabe ao demandante provar existência de tratamento “há muito prestado pela iniciativa privada”, o que

¹⁰⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. 17 mar 2010, p. 92, grifo no original. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>

Acesso em: 19 ago. 2017.

¹⁰⁵⁰ Ibidem, p. 92.

¹⁰⁵¹ Ibidem, pp. 93-96.

¹⁰⁵² Ibidem, pp. 93-94.

¹⁰⁵³ Ibidem, p. 95. Vale acrescentar que a Medicina Baseada em Evidências é “uma técnica específica para atestar com maior grau de certeza a eficiência, efetividade e segurança de produtos, tratamentos, medicamentos e exames que foram objeto de diversos estudos científicos, de modo que os verdadeiros progressos das pesquisas médicas sejam transpostos para a prática” (GEBRAN NETO, J. P.. Como usar a saúde baseada em evidências. In: SHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro (Orgs.). **Direito à Saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo, 2015, p. 215).

¹⁰⁵⁴ Ibidem, pp. 95-96.

denotaria a avaliação lenta pelo SUS das novas opções terapêuticas¹⁰⁵⁵; v) o Estado não pode ser condenado a fornecer tratamentos experimentais.^{1056,1057}

Os critérios estabelecidos na STA 175 foram confirmados em pelo menos 18 outros julgamentos do STF no ano de 2010¹⁰⁵⁸ e, até o presente momento, esta representa o precedente jurisprudencial de maior relevo no cenário jurídico brasileiro. Seu avanço mais importante foi a tentativa de conduzir o debate sobre a judicialização da saúde para uma posição menos formalista, no sentido de tentar superar o “simples jogo de analogias”¹⁰⁵⁹, notadamente, pelo uso muitas vezes equivocado dos conceitos de mínimo existencial e de reserva do possível¹⁰⁶⁰. Isso porque o precedente direciona os critérios de decisão para o contexto normativo do direito sanitário e para as políticas públicas que conformam a prática do sistema de saúde.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁵ Ibidem, p. 97.

¹⁰⁵⁶ Ibidem, p. 96.

¹⁰⁵⁷ Para uma análise mais detida e detalhada dos argumentos lançados no acórdão da STA 175, conferir: GEBRAN NETO, J. P.. Buscando uma lógica organizativa na judicialização da saúde. In: SHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro (Orgs.). **Direito à Saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, pp. 172-195.

Sobre a mesma questão, conferir também: LIMA, T. M.. **O Discurso Judicante do Supremo Tribunal Federal: se o direito à saúde falasse**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília, Uniceub, Brasília. 2012, pp. 180-224.

¹⁰⁵⁸ WANG, op. cit., p. 78.

¹⁰⁵⁹ UNGER, R. M.. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1986, p. 8.

¹⁰⁶⁰ A “reserva do possível” é expressão utilizada na doutrina e na jurisprudência para indicar as possibilidades de efetivação de um direito (especialmente os direitos sociais ou direitos de prestação) em face da escassez de recursos inerentes à atuação estatal. Tal construção teórica ganhou expressão após ser utilizada pelo STF, em especial na comentada Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF 45). Ana Paula de Barcellos assim resume a questão: “a expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas” (BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236).

¹⁰⁶¹ Ainda assim, o precedente recebeu críticas de pesquisadores que se debruçaram sobre ele. Thalita Lima, por exemplo, critica a ausência de discussão sobre as questões morais que envolvem o direito à saúde, especialmente a da justiça distributiva e da igualdade (LIMA, T. M.. **O Discurso Judicante do Supremo Tribunal Federal: se o direito à saúde falasse**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília, Uniceub. Brasília, 2012, pp. 225-226).

Daniel Wang, por sua vez, critica o STF por ter considerado o direito à saúde a partir de uma perspectiva individual e obrigado o SUS a submeter-se ao “princípio do resgate”, que seria “um senso de obrigação moral imediata de tentar fazer todo o possível para salvar determinada pessoa cuja vida e/ou saúde está em risco, a despeito dos custos” (Livre tradução de: “a sense of immediate

Uma **quarta consequência** da audiência pública é o estabelecimento de uma nova política judiciária voltada à judicialização da saúde protagonizada pelo Conselho Nacional de Justiça, na época, sob a Presidência do Min. Gilmar Mendes¹⁰⁶². O primeiro passo nesse sentido se consubstanciou na Recomendação nº 31, de 30/03/2010, expedida pelo CNJ, que, além de determinar a criação das assessorias técnicas, conforme já mencionado, também estabeleceu um conjunto de orientações aos magistrados de todo o Brasil¹⁰⁶³.

As orientações perfazem um verdadeiro detalhamento daqueles critérios gerais estabelecidos na STA 175 para aplicação na prática decisória dos casos concretos, ou seja, as diretrizes hermenêuticas foram, em certa medida, transformadas em arranjos institucionais. As orientações estão voltadas para estimular: i) melhor instrução probatória do processo, com documentos produzidos por profissionais de saúde; ii) a evitação de ordem de fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA ou em fase experimental; iii) a importância de ouvir os gestores do SUS; v) a inscrição dos pacientes nas políticas públicas eventualmente existentes. Além disso, ela determina a incorporação do direito sanitário nos concursos para magistratura e nos cursos de aperfeiçoamento das escolas institucionais, bem como a organização de visitas dos juízes aos Conselhos de Saúde e unidades de atendimento do SUS.

Em conjunto com a recomendação acima referida, o CNJ aprovou a Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, que criou o denominado “Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”¹⁰⁶⁴. O novo arranjo institucional foi formado com uma representação

moral duty to attempt to do everything possible to rescue an identifiable person whose life and/or health is in danger, irrespective of cost”, WANG, op. cit., p. 85).

¹⁰⁶² Conferir: NOBRE, M. A. de B. **A denominada Judicialização da Saúde**: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 376-378.

¹⁰⁶³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010**. Publicada no DJE/CNJ nº 61/2010, pp. 4-6, Brasília, 07 abr. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf

Acesso em: 22 ago. 2017.

¹⁰⁶⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010**. Publicada no DJE/CNJ nº 61/2010, pp. 9-10, Brasília, 7 abr. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n107-06-04-2010-presidencia.pdf

nacional e representações em cada estado - os Comitês Executivos Estaduais. A composição dos grupos em âmbito nacional e estadual deveria ser plural, de forma a contemplar os magistrados atuantes na seara da saúde, mas também os especialistas e as autoridades da área, bem como representantes de Ministério Público, Defensoria Pública, OAB, universidades e instituições de pesquisa. O modelo inicialmente previsto foi aperfeiçoado com o tempo, e muitas iniciativas institucionais podem ser creditadas ao estabelecimento desse fórum. Por tal razão, dedicaremos mais à frente tópico específico sobre essa questão.

Por fim, merece menção a Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011, que avança na constituição de diretrizes institucionais para melhor subsidiar os magistrados com informações técnicas. Nesse sentido, recomenda-se: i) celebração de convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico; ii) cadastramento de endereços eletrônicos das operadoras de planos de saúde para composição das demandas na área de saúde suplementar; iii) orientação aos magistrados para buscarem, mediante ofício, informações com ANS, ANVISA e Conselhos Federais de Medicina e Odontologia. A Recomendação orienta, ainda, a “realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde”.¹⁰⁶⁵

1.2. A expansão da judicialização da saúde e as reações institucionais

Como destacado, nos momentos que se seguiram à realização dessa audiência pública no STF, encontramos períodos de iniciativas a fim de: melhor regulamentar a incorporação de tecnologia e a assistência farmacêutica no SUS; desenhar um conjunto de critérios a serem observados pelos juízes na atividade adjudicativa; assessorar e qualificar tecnicamente a magistratura para atuar em demandas de saúde; e ampliar o diálogo entre as instituições dos sistemas de justiça e de saúde. A adoção de tais medidas sempre foi acompanhada da expressa

Acesso em: 22 ago. 2017.

¹⁰⁶⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 36 de 12 de julho de 2011**. Publicada no DJ-e nº 129/2011, pp. 3-4, Brasília, 14 jul. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1227>

Acesso em: 22 ago. 2017.

intenção de se lidar com o crescimento do número de ações ajuizadas e com o consequente gasto de recursos públicos¹⁰⁶⁶. Não foi, todavia, exatamente o que ocorreu.

O número de ações judiciais continuou aumentando de forma consistente e tal fato tem chamado atenção em âmbito institucional¹⁰⁶⁷, nos meios de comunicação¹⁰⁶⁸ e nas pesquisas acadêmicas¹⁰⁶⁹. Ricardo Perlingeiro, baseado na publicação “Justiça em Números do CNJ”, aponta que, entre os anos de 2010 e 2014, o número de ações judiciais relativas à saúde em curso nas justiças estaduais e federal quadruplicou, de 100.000 para 400.000 demandas, aproximadamente¹⁰⁷⁰.

Clênio Jair Schulze, após análise do relatório do CNJ “Justiça em números 2016”, acrescenta que, ao final do ano de 2015, esse número havia crescido ainda mais, alcançando impressionantes 854.506 ações, contabilizadas demandas de saúde pública e suplementar, ou seja, o dobro. Tal escalada teria se dado, segundo Schulze, não apenas em razão do aumento no número de ajuizamentos, mas também em razão de mudança na forma de extração dos dados, bem como pelo fato de alguns processos serem cadastrados com mais de um assunto¹⁰⁷¹. A leitura do referido relatório aponta que, de fato, a forma de cadastramento não permite contabilizar precisamente o número de ações, mas, a despeito disso, as informações possibilitam afirmar que o número de ações na seara de saúde pública

¹⁰⁶⁶ Tais intenções estão expressamente presentes, por exemplo, na motivação do ato de convocação da audiência pública e nos textos da Recomendação nº 31 e da Resolução nº 107.

¹⁰⁶⁷ Nesse sentido, conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Direito à Saúde**. Brasília: CONASS, 2015, pp. 10-13 e 35.

¹⁰⁶⁸ Conferir: MELO, A.. Ações na Justiça para a compra de medicamentos crescem mais de 1.000%. **Correio Braziliense**. Brasília, 26 dez. 2016. Brasil - Política. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2016/12/26/internas_polbraeco,562579/acoes-na-justica-para-a-compra-de-medicamentos-crescem-mais-de-1-000.shtml

Acesso em: 19 ago. 2017.

¹⁰⁶⁹ PEREIRA, F. T. N.. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, pp. 291-308, 2015, p. 306.

¹⁰⁷⁰ PERLINGEIRO, Ricardo. Desjudicializando as políticas de saúde? **Revista Acadêmica**, v. 86, n. 2, 2015, p. 4.

¹⁰⁷¹ Conferir: SCHULZE, Clênio Jair. Novos números sobre a judicialização da saúde. **Empório do Direito**. Colunas e artigos. Brasília, 24 out. 2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze/>

Acesso em: 19 ago. 2017.

é significativo e varia, conforme o tipo de órgão jurisdicional, entre 1% e 2% do total de ações¹⁰⁷², contudo, **não figura entre os 20 assuntos mais recorrentes em todo o Poder Judiciário.**¹⁰⁷³

Nas pesquisas realizadas em âmbito estadual, é possível ter dados mais precisos. No estado de São Paulo, que possui a demanda mais significativa do Brasil¹⁰⁷⁴, o número de ações judiciais na seara da saúde continua avançando, todavia, em ritmo bem menos intenso do que o indicado no parágrafo anterior. Pesquisa de Tereza Toma *et al* sobre demandas por medicamentos em São Paulo identificou que, em 2010, foram cadastradas 9.385 novas ações judiciais, 11.633 em 2011, 12.031 em 2012, 14.080 em 2013, 14.383 em 2014 e 18.045 em 2015¹⁰⁷⁵. Ou seja, foram necessários seis anos para que o número de ações chegasse próximo ao dobro. No Estado de Minas Gerais, o total de processos ajuizados na seara da saúde pública foi de 3.522 em 2011, 5.011 em 2012, 7.893 em 2013, 9.493 em 2014, 10.000 em 2015 e 13.823 em 2016¹⁰⁷⁶. Assim, em um mesmo lapso temporal de 6 anos, o Tribunal de Justiça mineiro viu a distribuição de demandas em saúde pública quadruplicar. Apesar disso, em Minas Gerais a evolução dos gastos realizados com o cumprimento das sentenças, que mostrava um aumento intenso até 2013, foi gradualmente reduzido nos anos seguintes, de forma que os R\$ 341,29 milhões gastos em 2013 foram reduzidos para R\$ 245,46 milhões no ano de 2014 e, em seguida, para R\$ 238,23 milhões em 2015¹⁰⁷⁷. Ou seja, apesar do

¹⁰⁷² Nesse sentido, conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016, pp. 75, 142, 260 e 354.

¹⁰⁷³ Ibidem, p. 74.

¹⁰⁷⁴ Relatório do CNJ aponta que, em 2011, 40% do total de demandas em estoque na Justiça Comum dos estados estava concentrada no Tribunal de Justiça de São Paulo (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: dados e experiências. Brasília: CNJ, 2015, p. 35).

¹⁰⁷⁵ TOMA, Tereza Setsuko *et al*. Estratégias para lidar com as ações judiciais de medicamentos no estado de São Paulo. **Cadernos ibero-americanos de direito sanitário**, v. 6, n. 1, pp. 35-54, 2017, p. 43.

¹⁰⁷⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Comitê Executivo Estadual de Saúde de Minas Gerais. **Judicialização em números** - Dados estatísticos sobre demandas de saúde. Disponível em: http://www.comitesaudemg.com.br/www/wp-content/uploads/2017/07/dados_estaticos_2.pdf. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Comitê Executivo Estadual de Saúde de Minas Gerais. **Judicialização em números** - Gastos decorrentes da Judicialização da Saúde. Disponível em: http://www.comitesaudemg.com.br/www/wp-content/uploads/2017/07/evolucao_gastos_1.pdf. Acesso em: 20 ago. 2017.

aumento do número de ações, houve redução dos gastos em aproximadamente 30% nos últimos dois anos.

Como bem aponta o exemplo de Minas Gerais, ao lado do número de ações, é importante avaliar a evolução dos gastos da gestão do SUS com o cumprimento das ordens judiciais. O Ministério da Saúde alega aumento de 500% entre 2010 e 2014: em 2010, o valor consumido teria sido de R\$ 139,6 milhões, enquanto, em 2014, o gasto teria chegado a R\$ 838,4 milhões¹⁰⁷⁸. Em outro estudo sobre os gastos do Ministério da Saúde, Grazielle David *et al* abordam período mais amplo e indicam que, entre 2008 e 2015, “observou-se crescimento real de 1006% das demandas judiciais atendidas por compra direta e depósito, saindo de R\$ 103,8 milhões em 2008 para R\$ 1,1 bilhão em 2015”¹⁰⁷⁹. O valor de R\$ 1,1 bilhão para o ano de 2015 é o mesmo divulgado pelo Ministério da Saúde aos grandes meios de comunicação.¹⁰⁸⁰

Em agosto de 2016, o Ministro da Saúde, Ricardo Barros, declarou que, em todo o Brasil, o cumprimento de ordens judiciais teve um impacto orçamentário de 7 bilhões de reais¹⁰⁸¹. A fala alcançou grande repercussão, embora não se tenha indicado pesquisa que dê substrato a essa estimativa ou informação sobre se o cumprimento se refere a comandos judiciais para produtos e serviços inseridos ou não nas políticas públicas de saúde. Em verdade, é improvável que os dados sejam precisos, pois documento elaborado pela própria Consultoria Jurídica do Ministério

¹⁰⁷⁸ COSTA, A.. Em 5 anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais. **Agência Saúde**. Brasília, out. 2015. Disponível em:

<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-acoes-judiciais>

Acesso em: 28 maio 2016.

¹⁰⁷⁹ DAVID, G. **Direito a medicamentos**: avaliação das despesas com medicamentos no âmbito federal do Sistema Único de Saúde entre 2008 e 2015. Brasília: INESC, 2016, pp. 24-25.

¹⁰⁸⁰ CANCIAN, N.; MASCARENHAS, G.. Ministros do STF propõem critérios para acesso a remédio sem registro. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 set. 2016. Cotidiano. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817677-relator-muda-voto-e-exige-participacao-familiar-no-custeio-de-tratamentos.shtml>

Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰⁸¹ PENIDO, A.. "Ações judiciais impactam em até R\$ 7 bilhões no SUS", diz ministro. **Agência Saúde**. Brasília, 24 ago. 2016. Disponível em:

<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/25275-ministro-da-saude-fala-sobre-impacto-de-acoes-judiciais-no-sus>

Acesso em: 19 ago. 2017.

da Saúde (CONJUR/MS) em maio de 2017 propõe a criação de um “Sistema de Informação Nacional sobre Judicialização”, ao tempo em que reconhece que “não existe um levantamento sobre o volume, perfil e impacto da judicialização em âmbito nacional”¹⁰⁸². A mesma informação consta em estudo técnico realizado pelo Tribunal de Contas da União, publicado em agosto de 2017, no qual “concluiu-se que o Ministério da Saúde e as secretarias estaduais e municipais de saúde, em geral, não têm uma dimensão completa e detalhada da judicialização da saúde em razão da insuficiência do controle sobre os processos judiciais”.¹⁰⁸³

A própria lógica do compartilhamento federativo do financiamento da saúde sugere que o dado fornecido pelo Ministro da Saúde pode estar superestimado. Conforme destacamos no Capítulo I da tese (item 2.1.1), a União foi responsável, em 2015, por 43% do orçamento da saúde, os estados por 26% e os municípios, 31%¹⁰⁸⁴. Se a União, detentora de 43% do orçamento da saúde, gastou em 2015 o montante de R\$ 1,1 bilhão em decorrência da judicialização, é improvável a projeção de que estados e municípios, detentores dos outros 57%, gastem 600% a mais (R\$ 6 bilhões). Nesse sentido, vale observar que o estado de São Paulo, cujo respectivo Tribunal estadual responde por aproximadamente 40% de todas as ações em trâmite na Justiça Comum Estadual, teve gasto em 2015 de aproximadamente 1 bilhão de reais¹⁰⁸⁵. Outro estado com grande população e

¹⁰⁸² BRASIL. Advocacia Geral da União (AGU). **Consultoria Jurídica Junto ao Ministério da Saúde**. Brasília, maio 2017, p. 15. Disponível em : <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/17/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20NO%20BRASIL%20Principais%20Projetos%20Desenvolvidos%20pela%20Coordenacao%20de%20Assuntos%20Judiciais.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰⁸³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Relatório, item 102. Julgado em 16/08/2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

Acesso em: 24 ago. 2017.

¹⁰⁸⁴ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no brasil. **Nota Técnica nº 28**. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 18.

¹⁰⁸⁵ TOMA, Tereza Setsuko *et al.* Estratégias para lidar com as ações judiciais de medicamentos no estado de São Paulo. **Cadernos ibero-americanos de direito sanitário**, v. 6, n. 1, pp. 35-54, 2017, p. 49.

número de municípios – Minas Gerais – registrou gasto de R\$ 238,23 milhões em 2015, conforme acima destacado.

Independentemente de serem ou não precisas as informações lançadas na imprensa sobre o impacto financeiro das ordens judiciais, fato é que a judicialização da saúde tornou-se pauta constante de irresignação do Poder Executivo, tanto no âmbito federal¹⁰⁸⁶ quanto no estadual¹⁰⁸⁷ e municipal¹⁰⁸⁸. O foco reiterado se volta para as demandas pelo fornecimento de medicamentos e seu impacto no orçamento da saúde pública. A pressão do Poder Executivo, ampla e coordenada em âmbito federativo¹⁰⁸⁹, conduziu a cúpula do Poder Judiciário a revisitar o tema da judicialização da saúde seis anos após o produtivo período que se seguiu à realização da audiência pública, em abril e maio de 2009.

Referimo-nos aos julgamentos dos Recursos Extraordinários (RE) 566.471/RN e 657.718/MG, com reconhecimento de repercussão geral, pelo Pleno do STF, e ao julgamento, pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ),

¹⁰⁸⁶ Vale destacar que as críticas à judicialização da saúde, notadamente no que tange às demandas por medicamentos, são constantes, e não apenas do atual titular da pasta. Nesse sentido, conferir matéria sobre o posicionamento do então Ministro Arthur Chioro sobre o tema: NOBRE, N.. Ministro critica chamada “judicialização” da saúde. **Radioagência Câmara dos Deputados**. Brasília, junho 2015. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/490496-MINISTRO-CRITICA-CHAMADA-JUDICIALIZACAO-DA-SAUDE.html>

Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰⁸⁷ Dentre os diversos artigos na grande mídia relacionados a essa questão, destacamos: RAMALHO, R.. Governadores discutem com Cármen Lúcia guerra fiscal, saúde e precatório. **G1 Política**. Brasília, set 2016. Disponível em:

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/governadores-discutem-com-carmen-lucia-guerra-fiscal-saude-e-precatorios.html>

Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰⁸⁸ NASCIMENTO, L. Prefeitos pedem celeridade ao STF no julgamento de ações envolvendo municípios. **Agência Brasil (EBC)**. Política. Brasília, 31 jan 2017. Disponível em:

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-01/prefeitos-pedem-celeridade-ao-stf-no-julgamento-de-aco-es-envolvendo>

Acesso em: 22 ago. 2017.

¹⁰⁸⁹ Dentre outros exemplos de atuação articulada entre a União e os estados, que serão à frente destacadas, merece menção declarações conjuntas do Ministro da Saúde Ricardo Barros e do Governador de São Paulo, Geraldo Alckmin, feitas em 12 de fevereiro de 2017. O tom das críticas pode ser avaliado pela afirmação do governador no sentido de que “os juízes prescrevem mais que médicos”. (Conferir: Hoje, juízes estão prescrevendo medicamentos mais do que médicos, diz Alckmin. **Revista Isto É**. Geral. São Paulo, 12 fev. 2017. Disponível em:

<http://istoe.com.br/hoje-juizes-estao-prescrevendo-medicamentos-mais-do-que-medicos-diz-alckmin/#.WKJ0aaW42k8.email>

Acesso em: 20 ago. 2017.)

do Recurso Especial (Resp) 1.657.156, que foi afetado para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos. Os referidos casos têm em comum a matéria em debate – critérios de apreciação de demandas por medicamentos *vis-à-vis* as políticas públicas de assistência farmacêutica – e a ampla extensão de seus efeitos vinculantes para todo o Poder Judiciário. Representam, assim, novo momento de inflexão no debate institucional e jurisprudencial acerca da judicialização da saúde, motivo pelo qual passamos à análise e à crítica do andamento de tais julgamentos até o momento.

2. O julgamento dos Recursos Extraordinários 566.471/RN e 657.718/MG no Supremo Tribunal Federal: um novo momento de inflexão

2.1. O contexto prévio ao julgamento dos REs 566.471 e 657.718

O 1º compromisso oficial da Ministra Cármen Lúcia após assumir a presidência do STF foi receber em reunião, no dia 13/09/2016, 25 dos 27 governadores de estado. Dentre os temas tratados na reunião, teve vez “a judicialização da saúde, especialmente em relação a medicamentos de alto custo”¹⁰⁹⁰. Na oportunidade, “vários governadores destacaram a necessidade de estabelecer uma limitação criteriosa em relação a essas despesas”. Em resposta, a Presidente do STF informou que “irá propor aos presidentes dos TJs a criação de comitês formados por médicos para auxiliar os juízes a julgarem ações dessa natureza”¹⁰⁹¹. Os governadores se mostraram satisfeitos em relação ao encontro e, acerca do debate da judicialização, ponderou o governador de São Paulo Geraldo Alckmin: “Entre os temas importantes estão a questão dos precatórios e a

¹⁰⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Presidente do STF reúne-se com governadores para discutir questões federativas. Brasília, 13 set. 2016. Imprensa. **Notícias STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325223>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰⁹¹ Ibidem.

judicialização da saúde. Achei a ideia desta reunião extremamente positiva. É com entusiasmo que a gente recebe essa mudança histórica”.¹⁰⁹²

Vale ponderar que, além da criação de assessorias técnicas, estava também presente o interesse dos governadores no estabelecimento pelo STF de novos critérios jurisprudenciais para orientar o julgamento do tema no território nacional. Isso porque, naquele momento, estavam pautados para julgamento dois Recursos Extraordinários sobre a questão, com reconhecimento de repercussão geral. A apreciação de tais recursos, sim, perfaz um tema candente.

A iniciativa voltada à constituição de assessoria, embora tenha sido ventilada na reunião mencionada, é preocupação que já vem permeando as iniciativas institucionais do Poder Judiciário desde a audiência pública de 2009, tanto que a ideia foi inserida nas Recomendações nº 31 de 2010 e 36 de 2011, ambas expedidas pelo CNJ. Ou seja, a assessoria proposta, de certa forma, já existia e estava, inclusive, sendo aprimorada naquele momento. Diversos tribunais do país já organizaram esse tipo de estrutura: atualmente, 17 NAT-JUS estão em funcionamento e quatro outros estão em fase de implantação¹⁰⁹³. Ademais, a regulação de tais assessorias foi aperfeiçoada nos artigos 1º, §1º e §5º, da Resolução 238, de 6 de setembro de 2016, do CNJ, aprovada dias antes do referido encontro. Tal resolução, inclusive, havia sido precedida de assinatura de termo de cooperação entre o CNJ e o Ministério da Saúde no dia 23 de agosto de 2016, cujo objeto é o fornecimento de recursos e meios técnicos para “a criação de um banco de dados com informações técnicas para subsidiar os magistrados de todo o país em ações judiciais na área da saúde”.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁹² Ibidem.

¹⁰⁹³ ANDRADE, P.. CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados. **Agência CNJ de Notícias**. Brasília, CNJ, 16 mar. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>

Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰⁹⁴ CIEGLINSKI, T.. CNJ avança para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde. **Agência CNJ de Notícias**. Brasília, CNJ, 16 mar. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>>

Acesso em: 20 ago. 2017.

Daí a afirmação de que, em verdade, o episódio mais candente viria a ocorrer dois dias após o referido encontro, pois, em 15 de setembro de 2016, o Plenário do STF iniciou o julgamento, com efeitos de repercussão geral, dos Recursos Extraordinários (REs) 566.471 e 657.718. O primeiro recurso versa sobre o fornecimento de medicamentos não incorporados às políticas de saúde do SUS determinado por ordem judicial; o segundo, sobre a obrigatoriedade de se fornecer pela via judicial medicamentos ainda não registrados na ANVISA. Previamente ao início do julgamento, no RE 566.471, estavam habilitados como parte ou assistentes 22 estados, o Distrito Federal e a União¹⁰⁹⁵. No RE 657.718, por sua vez, **figuravam como parte ou assistentes habilitados absolutamente todos os estados brasileiros e o DF, além da União.**¹⁰⁹⁶

Os dois julgamentos, que ainda estão em curso, foram, desde o início, recebidos como definidores dos rumos a serem, doravante, tomados pela judicialização da saúde. É o que se pode depreender do título da reportagem da Folha de São Paulo sobre o tema: “Decisão do STF sobre fornecimento de remédios guiará ações pelo país”¹⁰⁹⁷. A exemplo da referida reportagem, todos os grandes meios de comunicação destacaram a apreciação em curso no Plenário do STF¹⁰⁹⁸. A presença de praticamente todos os Governadores do Brasil ao encontro com a Presidente do STF dois dias antes do julgamento de tais recursos¹⁰⁹⁹ reforça a

¹⁰⁹⁵ A informação pode ser conferida na ferramenta de pesquisa processual do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078>

Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰⁹⁶ A informação pode ser conferida na ferramenta de pesquisa processual do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4143144>

Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰⁹⁷ CANCIAN, N.. Decisão do STF sobre fornecimento de remédios guiará ações pelo país. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 set. 2016. Cotidiano. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1816469-decisao-do-stf-sobre-fornecimento-de-remedios-guiara-acoes-pelo-pais.shtml>

Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰⁹⁸ Como exemplo, conferir: RAMALHO, R.. Relator no STF admite fornecimento de remédio fora da lista do SUS. **G1 Ciência e Saúde**. Brasília, 19 set. 2016. Disponível em:

< <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2016/09/relator-no-stf-admite-fornecimento-de-remedio-nao-registrado-na-anvisa.html>>

Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁰⁹⁹ Vale destacar que, posteriormente à demanda exposta pelos governadores, somou-se a pressão política dos prefeitos. Conferir: NASCIMENTO, L.. Prefeitos pedem celeridade ao STF no julgamento de ações envolvendo municípios. **Agência Brasil (EBC)**. Política. Brasília, 31 jan. 2017. Disponível

impressão de que se espera que, em tais julgamentos, o Supremo vá “limitar ações por remédios”¹¹⁰⁰. O escopo de tal limitação, todavia, é mais amplo do que o estabelecimento de critérios para as ordens judiciais, pois, afinal, eles já existem na STA 175. O escopo maior é torná-los obrigatórios para a magistratura, ponto em que residiriam as “razões estratégicas” para buscar o julgamento com os efeitos próprios da repercussão geral.¹¹⁰¹

A esse cenário, somou-se, em 12 de maio de 2017, a decisão da 1ª Seção do STJ, que afetou o Resp 1.657.156/RJ, sob a relatoria do Min. Benedito Gonçalves, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos, configurando a criação do tema 106, cuja delimitação da controvérsia para julgamento foi: “obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)”¹¹⁰².

A referida decisão provocou a imediata suspensão de todos os processos em trâmite no território brasileiro sobre a questão, causando grande repercussão na mídia¹¹⁰³. Além disso, chamou atenção o fato de a delimitação da controvérsia ter feito menção a uma Portaria específica, que, inclusive, já fora substituída. Dessa

em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-01/prefeitos-pedem-celeridade-ao-stf-no-julgamento-de-acoas-envolvendo>

Acesso em: 22 ago. 2017.

¹¹⁰⁰ CAMPOS, Álvaro; LAGUNA, Eduardo; CAMBRICOLI, Fabiana. Fux diz que STF vai limitar ações por remédios. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 7 out. 2016. Saúde. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,fux-diz-que-stf-vai-limitar-acoas-por-remedios,10000080937>

Acesso em: 21 ago. 2017.

¹¹⁰¹ MAGALHÃES, B. B.; FERREIRA, V. R.. STF e os parâmetros para a judicialização da saúde. **Jota**. Artigos. Brasília, 16 jan. 2017. Saúde. Disponível em:

<https://jota.info/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017>

Acesso em: 21 ago. 2017.

¹¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfR no Recurso Especial 1.657.156/RJ**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Voto do Relator em 12/05/2017. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595643&num_registro=201700256297&data=20170503&formato=PDF

Acesso em: 22 ago. 2017.

¹¹⁰³ COLLUCCI, C.. STJ suspende ações para fornecimento de remédios que não constam no SUS. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 mai. 2017. Cotidiano. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/18/87533-stj-suspende-acoas-para-fornecimento-de-remedios-que-nao-constam-no-sus.shtml>

Acesso em: 23 jun. 2016.

forma, poucos dias depois, em 24/05/2017, o relator esclareceu que a suspensão não impedia a apreciação ou o cumprimento das tutelas de urgência, conforme previsto nos artigos 314 e 982, §2º, do Código de Processo Civil. Ademais, o tema em julgamento foi retificado e delimitado nos seguintes termos: “obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS”¹¹⁰⁴, o que faz coincidir a análise com a matéria a ser julgada no RE 566.471.

Toda a articulação institucional acima narrada para a apreciação dos recursos de caráter vinculante, bem como o intenso debate acadêmico existente, permite afirmar que **o tema da judicialização passa por novo momento de inflexão**. Possivelmente, as decisões que vierem a ser tomadas pelas Cortes Superiores nos casos mencionados redefinirão os rumos da judicialização da saúde no âmbito jurisprudencial, ainda que tenham como enfoque apenas a assistência farmacêutica. Mas serão tais decisões suficientes para alterar o cenário institucional em favor dos usuários do SUS?

Tal questionamento é importante, pois o atual momento de inflexão se dá em um cenário pouco auspicioso para o SUS, tendo em vista que, de um lado, as medidas de austeridade fiscal têm comprometido o seu financiamento e, de outro, várias escolhas governamentais têm desnaturado cada vez mais o modelo público de saúde.

Trata-se, portanto, de período mais que propício para a imaginação de novas alternativas em benefício do SUS e seus usuários, antes que a crise que se insinua no horizonte coloque em risco o funcionamento do sistema. Mas qual é, afinal, o potencial que tais decisões possuem para orientar novos rumos para a judicialização da saúde? Para responder a essa pergunta seguimos na análise dos votos já proferidos nos REs 566.471/RN e 657.718/MG. O Resp 1.657.156/RJ não

¹¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProArR em fRecurso Especial 1.657.156/RJ**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Voto proferido em 24/05/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73045754&num_registro=201700256297&data=20170531&tipo=5&formato=PDF Acesso em: 22 ago. 2017.

é incluído na análise, pois seu julgamento ainda não foi iniciado.

2.2. As decisões proferidas nos REs 566.471 e 657.718

No presente tópico, nos voltamos para os votos até então proferidos pelos Ministros Marco Aurélio (relator), Luís Roberto Barroso e Edson Fachin. Como é cediço, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do Min. Teori Zavascki e, em razão de seu falecimento, não foi por ele apreciado. Buscamos avaliar, a partir dos votos proferidos, o quanto a definição de critérios hermenêuticos pelo STF, nesses casos, é a alternativa adequada para orientar a judicialização da saúde no Brasil. Vale destacar que o referido julgamento, como visto, está no centro do atual debate institucional sobre a judicialização da saúde¹¹⁰⁵. Ademais, mesmo as pesquisas acadêmicas já tomam os votos já proferidos como paradigma de como deve se dar, doravante, a atuação do Sistema de Justiça.¹¹⁰⁶

Iniciamos a análise pelo **RE 657.718**, que versa sobre a possibilidade de se determinar, pela via judicial, a compra de medicamentos ainda não registrados na ANVISA. Trata-se de um julgamento da tese, pois, no caso concreto, o medicamento postulado pela parte recorrente – denominado Cinalcacet – já está registrado na ANVISA desde 2013.¹¹⁰⁷

O relator, Min. Marco Aurélio, após retificação de voto, formulou tese nesses termos: “O Estado está obrigado a fornecer medicamento registrado na Anvisa, como também o passível de importação, sem similar nacional, desde que

¹¹⁰⁵ Nesse sentido, conferir: BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Voto do relator, item 6. Julgado em 16/08/2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

Acesso em: 24 ago. 2017.

¹¹⁰⁶ Nesse sentido, conferir: LEÃO Jr., T. A.; PUGLIESI, R. C. M.a; CACHICHI, R. C. D.. **Políticas Públicas e Interferências Judicial: Desafios e Perspectivas na Concessão de Medicamentos de Alto Custo. Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 02, pp. 323-352, abr./jun. 2017, p. 341-347.

¹¹⁰⁷ Há, inclusive, condenação, proferida em 18/12/2016, nos autos do estado de Minas Gerais por descumprimento da ordem de fornecimento do referido medicamento, uma vez que já registrado na ANVISA. A imposição da multa se deu em decisão do relator no dia 22/06/2017.

comprovada a indispensabilidade para a manutenção da saúde da pessoa, mediante laudo médico, e tenha registro no país de origem”.¹¹⁰⁸

O Min. Barroso, por sua vez, sugere a possibilidade de fornecimento, mas com uma série de critérios assim indicados:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.¹¹⁰⁹

O Min. Fachin sugere ao Tribunal a fixação de tese que reconhece o registro na ANVISA como requisito, mas que possibilita exceções. Vejamos:

No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.¹¹¹⁰

Da análise dos votos, pode-se depreender que guardam entre si interpretações de difícil conciliação sobre a extensão do direito à saúde no que tange ao aspecto da assistência farmacêutica. Assim, embora um eventual acórdão

¹¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718/MG**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto do relator. Disponível em:

<http://s.conjur.com.br/dl/re-566471-aditamento-voto-marco-aurelio.pdf>

Acesso em: 20 ago. 2017.

¹¹⁰⁹ Idem. **Recurso Extraordinário 657.718/RN**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em:

<http://s.conjur.com.br/dl/re-566471-medicamentos-alto-custo.pdf>

Acesso em: 20 ago. 2017.

¹¹¹⁰ Idem. **Recurso Extraordinário 657.718/RN**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Min. Edson Fachin. In: GRILLO, Breno. **Marco Aurélio complementa voto em julgamento sobre fornecimento de remédios**. Consultor Jurídico. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-28/pedido-vista-suspende-julgamento-obrigacao-fornecer-remedio>

Acesso em: 02 jun. 2017

ainda não possa ser antevisto a partir dos votos atualmente proferidos, seguimos na avaliação dos votos ao cotejá-los com o precedente da STA 175.

O relator, Min. Marco Aurélio, havia apresentado inicialmente posicionamento peremptório contrário ao fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA, mas, após a retificação, passou a admitir exceção para “situação concreta, respaldada em laudo médico, a revelar necessário, indispensável à saúde, certo remédio, sem similar nacional, devidamente registrado no país de produção”¹¹¹¹. Nessas situações, haveria possibilidade de o Estado ser compelido a cobrir “o custo de importação do fármaco designado comumente como órfão”¹¹¹². O posicionamento retificado se aproxima muito do que fora decidido no precedente da STA 175, que também previa exceção para os casos de autorização específica de importação dada pela referida ANVISA. Em verdade, a exceção anteriormente prevista tem sentido de ser, pois a ANVISA, de fato, possui procedimento que, se corretamente seguido, autoriza qualquer cidadão a importar medicamentos, ainda que não registrados na ANVISA.¹¹¹³

No caso do voto do Min. Fachin, pode-se afirmar que em nada muda o precedente julgado em 2010, que já considerava, como regra geral, que o registro na ANVISA é requisito para se obrigar o poder público a fornecer determinado fármaco. Aliás, tal construção jurisprudencial veio, posteriormente, a se tornar norma infraconstitucional prevista no art. 19-T da Lei 8.080/90, inserido pela Lei 12.401/2011.

O voto do Min. Barroso traz posicionamento diferente, mas que compartilha a ideia geral do precedente STA 175 quando vê o registro na ANVISA como

¹¹¹¹ Idem. **Recurso Extraordinário 657.718/RN**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Min. Marco Aurélio. In: GRILLO, Breno. **Marco Aurélio complementa voto em julgamento sobre fornecimento de remédios**. Consultor Jurídico. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-28/pedido-vista-suspende-julgamento-obrigacao-fornecer-remedio>

Acesso em: 02 jun. 2017

¹¹¹² Ibidem, p. 05.

¹¹¹³ Informações disponíveis em:

<http://portal.anvisa.gov.br/controlados/orientacoes>

Acesso em: 20 ago. 2017.

requisito existente, mas não absoluto, pois admite exceções. A distinção aqui é que a exceção prevista na STA 175, conforme acima destacado, está baseada em uma exceção contemplada na própria atuação institucional da ANVISA, enquanto os critérios elaborados pelo Min. Barroso, por sua vez, advêm de uma construção hermenêutica mais complexa. Isso porque o voto interpreta as normas constitucionais ao ponto de criar requisito muito concreto, como o prazo certo de 365 dias para a “mora” na avaliação pela ANVISA, ou critério cuja verificação demanda detida análise de seu significado avaliatório, tal qual a aprovação em “renomadas agências de regulação no exterior”.

O requisito destacado é composto pela *palavra de valor* “renomada”. As palavras de valor, segundo Richard Hare, são aquelas que exigem avaliação lógica e fática do contexto para definição de seu conteúdo, pois não possuem significado semântico auto-evidente¹¹¹⁴. Isso implica que será demandado ainda mais empenho do magistrado para constituir uma base aceitável para interpretação da norma e para preservar o valor da coerência da decisão.¹¹¹⁵

Exercício de interpretação constitucional ainda mais controverso está na decisão de fixar exclusivamente na esfera da Justiça Federal a competência para ações que demandem acesso a medicamentos não registrados na ANVISA. No caso, a adoção de tal restrição de jurisdição cria, na prática, uma imunidade aos estados e municípios contra ações que demandem medicamentos sem registro na ANVISA. O fundamento de tal imunidade e, por consequência, também da limitação do direito de ação do cidadão, se dá com base na organização da política de vigilância sanitária, que não tem definição constitucional, mas infraconstitucional, conforme dispõem as leis 8.080/90 (Lei Orgânica do SUS) e 9.782/99, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a ANVISA.

No julgamento do **RE 566.471**, o tema também é a assistência farmacêutica, mas, desta feita, a Corte Constitucional se volta para as demandas de fornecimento

¹¹¹⁴ HARE, R. M.. **A linguagem da moral**. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 45.

¹¹¹⁵ MACCORMICK, N.. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, . 198 e 242.

de medicamentos que, embora registrados na ANVISA, não estejam incorporados às políticas de saúde, ou seja, não estejam padronizados para uso no âmbito do SUS. O relator Min. Marco Aurélio, após também retificar o seu voto, formulou a seguinte tese para o julgamento:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso.¹¹¹⁶

O Min. Barroso, de forma semelhante ao voto anterior, sugere a possibilidade de fornecimento, mas com uma série ainda maior de critérios por ele indicados. Vejamos:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.¹¹¹⁷

O Min. Fachin, em linha semelhante aos demais, reconhece a excepcionalidade de acesso individual a tratamento não previsto nas políticas

¹¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566.471/CE**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto do relator. Disponível em:

<http://s.conjur.com.br/dl/re-566471-aditamento-voto-marco-aurelio.pdf>

Acesso em: 20 ago. 2017.

¹¹¹⁷ Idem. **Recurso Extraordinário 566.471/CE**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em:

<http://s.conjur.com.br/dl/re-566471-medicamentos-alto-custo.pdf>

Acesso em: 20 ago. 2017.

públicas, mas também apresenta uma lista de critérios a serem seguidos para que o acesso se dê pela via judicial:

1. Prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; 2. Subscrição realizada por médico da rede pública ou a justificada impossibilidade; 3. Indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional; 4. Justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; 5. E ainda laudo ou formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que indique a necessidade do tratamento, seus efeitos, e os estudos da Medicina Baseada em Evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia.¹¹¹⁸

A análise dos votos proferidos até o momento no RE 566.471 demanda mais detalhamento, pois, nesse caso, todos os ministros criaram uma série de critérios próprios. Para melhor comparar os critérios propostos por cada ministro *vis-à-vis* as diretrizes da STA 175, separamos a análise em quatro partes: em primeiro lugar destacamos os consensos; em seguida avaliamos os critérios propostos em três conjuntos: políticas públicas, renda, e procedimentos. Passamos agora à exposição.

Há amplo consenso nas linhas gerais de fundamentação de todos os votos, e este consenso reflete o que já estava sedimentado na STA 175. O primeiro consenso está em reconhecer que as regras de acesso à assistência farmacêutica são determinadas pelas diretrizes que constam nas políticas públicas de saúde, ou seja, nas relações de medicamentos aprovadas no âmbito do SUS e nos PCDTs. Dessa forma, a Corte mantém seu entendimento anterior, bem como manifesta sua deferência à sistemática estruturada pela Lei 12.401/2011. O segundo consenso reside em reconhecer que a política de assistência terapêutica e incorporação de tecnologia em saúde estabelecida pela mencionada lei não é absoluta, por ser incapaz de atender às especificidades que podem surgir nas condições de saúde de cada cidadão. Daí o consenso de que, de forma excepcional

¹¹¹⁸ Idem. **Recurso Extraordinário 566.471/CE**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Min. Edson Fachin. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/resumo-voto-fachin-re-566471.pdf>
Acesso em: 20 ago. 2017.

e justificada pelo caso concreto, o magistrado possa determinar fornecimento de medicamento em desconformidade com o estabelecido nas políticas públicas de assistência farmacêutica. O terceiro consenso, por sua vez, diz respeito à necessidade de se demonstrar com provas, no caso concreto, que a política pública é inadequada. Os exatos contornos de como isso deve ser demonstrado, porém, variam entre as decisões, motivo pelo qual detalhamos essas variações no primeiro conjunto de critérios a serem avaliados, que segue analisado abaixo.

O primeiro conjunto de critérios diz respeito às políticas públicas, ou seja, ao conjunto de requisitos que guardam relação com o cotejo entre o tratamento demandado judicialmente e as políticas de assistência farmacêutica existentes para aquele agravo de saúde. Na tabela 5, abaixo, descrevemos, na coluna da esquerda, todos os principais argumentos presentes na STA 175 e nas teses propostas pelos ministros no julgamento parcial do RE 566.471; nas linhas, registramos, resumidamente, de que forma cada critério foi abordado em cada decisão, se o caso.

Tabela 5 – Critérios relacionados às políticas públicas de assistência farmacêutica

CRITÉRIOS	STA - 175	Min. Marco Aurélio	Min. Barroso	Min. Fachin
O tratamento previsto nos protocolos do SUS é ineficaz ou impróprio.	Comprovar a ineficácia ou impropriedade da política	Demonstrar a imprescindibilidade e impossibilidade de substituição	Inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS	Inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública
Se não houver política pública específica	Demonstrar que há tratamento há muito tempo ofertado na iniciativa privada	Não aborda a hipótese	Não aborda a hipótese	Não aborda a hipótese
Não ter existido negativa expressa de incorporação	Não menciona	Não menciona	Demonstrar que a não incorporação do medicamento	Não menciona

pelos órgãos competentes			não resultou de decisão expressa	
Adoção dos critérios da Medicina Baseada em Evidências (MBE)	Menciona, mas de forma genérica	Não menciona	Comprovar a eficácia do medicamento pleiteado à luz da MBE	Prescritor deve mencionar estudos de MBE
Indicação do nome do medicamento pela Denominação Comum Brasileira ou Internacional	Não menciona	Não menciona	Não menciona	Indicação do nome do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou Internacional

Observa-se que os ministros, a partir de diferentes redações, expressam o mesmo critério central da STA 175, qual seja, a necessidade de se justificarem as razões clínicas e terapêuticas para indicação de tratamento não padronizado. Em suma, se a política pública é a regra e deve ser priorizada, a exceção tem de ser justificada com provas da situação peculiar e excepcional daquele paciente. Nesse sentido, também há manutenção da referência à Medicina Baseada em Evidências como método de avaliação de eficácia das novas tecnologias.

No novo julgamento, todavia, os ministros não se atentaram à distinção entre situações em que há algum tratamento previsto para aquele agravo de saúde e aquelas em que há total omissão, situação comum no caso de doenças raras¹¹¹⁹, que, por vezes, sequer possuem PCDTs de tratamento. De outro lado, há registro importante no voto do Min. Barroso no sentido de se exigir comprovação de que não houve negativa expressa de incorporação de determinado produto. Tal critério teria o efeito de tornar vinculante a orientação já prevista no enunciado nº 57 da II

¹¹¹⁹ A Portaria do Ministério da Saúde nº 199 de 30 de janeiro de 2014 institui a “Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras”. A referida Portaria traz a definição de doença rara: “art. 3º Para efeito desta Portaria, considera-se doença rara aquela que afeta até 65 pessoas em cada 100.000 indivíduos, ou seja, 1,3 pessoas para cada 2.000 indivíduos”. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0199_30_01_2014.html>. Acesso em: 22 ago. 2017

Jornada de Direito à Saúde do CNJ ¹¹²⁰, e se trata de preocupação relevante, pois a rejeição de incorporar determinada tecnologia após sua avaliação indica que há escolha técnica ou econômica expressa por parte da gestão do SUS. Por fim, há o critério proposto pelo Min. Fachin relativo à denominação dos medicamentos, que, na prática, representa estímulo ao uso do princípio ativo da substância, e não ao nome da marca do produto, de modo a reforçar o que dispõe a Lei 6.360 de 1976 e orienta o Enunciado nº 15 da I Jornada de Direito à Saúde do CNJ.¹¹²¹

Assim, nesse ponto relacionado às políticas públicas, à exceção de ter sido ressaltada a hipótese de expressa negativa de incorporação de determinado produto, não há nenhum avanço ou alteração substancial relativo ao paradigma anterior. Em verdade, há omissão em ponto relevante que fora debatido na STA 175, qual seja, a necessidade de se dar tratamento diferenciado aos casos em que não exista política pública alguma estruturada para o agravo de saúde da parte requerente.

O segundo critério se refere à renda do demandante ou de sua família. Reproduzimos na tabela 6, abaixo, o mesmo formato utilizado para a análise anterior.

¹¹²⁰ Enunciado nº 57: “57 – Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>> Acesso em 22 ago 2017.

¹¹²¹ Enunciado nº 15: “As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica”. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf Acesso em: 22 ago. 2017.

Tabela 6 – Critérios relacionados à renda do demandante ou familiares

CRITÉRIOS	STA - 175	Min. Marco Aurélio	Min. Barroso	Min. Fachin
Condição financeira do demandante	Não faz distinção	Incapacidade financeira do enfermo	Incapacidade financeira do requerente	Não faz distinção
Condição financeira dos familiares	Não faz distinção	Falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custear	Não faz distinção	Não faz distinção

Tais propostas dos Ministros Luís Barroso e Marco Aurélio já haviam sido mencionadas e criticadas no item 1.1 do primeiro capítulo desta tese, oportunidade na qual afirmamos que a convivência do caráter universal do sistema público com a adoção de qualquer critério de renda deve ser avaliada com atenção, pois denota adoção de lógica de assistência social. Reafirmamos a crítica, desta feita de forma mais enfática, pois o diagnóstico dos problemas do SUS realizado ao longo da presente pesquisa – notadamente da segmentação do cuidado e da precarização dos serviços públicos – demonstra os riscos políticos e sociais de se reforçar o SUS como um sistema voltado prioritariamente para a população carente. Ademais, repisamos que nenhuma das regras e princípios inscritos nos artigos 196 e seguintes da Constituição ou mesmo na Lei Orgânica da Saúde dão qualquer substrato à criação, pela via jurisprudencial, de tal critério de renda¹¹²².

O terceiro conjunto de critérios se refere às normas procedimentais específicas cuja criação se propõe nos votos dos Ministros Barroso e Fachin. Reproduzimos na tabela 7, abaixo, o mesmo formato utilizado para a análise anterior.

¹¹²² Vale mencionar, nessa questão, posicionamento diferente sustentado por Ingo Sarlet, para quem “não há como deduzir do princípio da universalidade do acesso um princípio da gratuidade do acesso, visto que acesso universal e igualitário (...) não se confunde – pelo menos não necessariamente – com um acesso totalmente gratuito” (SARLET, I. W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 338).

Tabela 7 – Critérios relacionados aos procedimentos a serem seguidos

CRITÉRIOS	STA - 175	Min. Marco Aurélio	Min. Barroso	Min. Fachin
Ação em face da União	Não menciona	Não menciona	A propositura da demanda necessariamente em face da União	Não menciona
Diálogo interinstitucional	Não menciona	Não menciona	Realização de diálogo interinstitucional	Não menciona
Prévio requerimento administrativo	Não menciona	Não menciona	Não menciona	requerimento administrativo ou oitiva de ofício do agente público
Receituário de médico da rede pública	Não menciona	Não menciona	Não menciona	Exige, ou justificativa da impossibilidade

O conjunto de propostas ora aglutinadas em razão do caráter procedimental é o mais peculiar, pois representa a criação de critérios muito específicos a partir da interpretação constitucional do direito à saúde.

O ponto mais controvertido e que, se ratificado pelo Pleno, geraria maior repercussão, se refere à tese proposta pelo Min. Barroso de **atribuir à competência da Justiça Federal as demandas por medicamentos ainda não incorporados pelo SUS**, sob o fundamento de que a União “é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema”. O fundamento merece questionamento, por três razões.

Em primeiro lugar, não há norma constitucional que defina a competência da União ou da Justiça Federal para incorporação de novas tecnologias ao SUS. Em segundo, ainda que o artigo 19-Q da Lei Orgânica da Saúde atribua ao Ministério da Saúde, por intermédio da CONITEC, a “incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos”, o artigo 19-P da mesma norma, nos incisos II e III, atribui aos estados, Distrito Federal e municípios competência suplementar

para elaborarem suas listas próprias, a serem instituídas, respectivamente, pelos gestores estaduais e municipais. Nesse sentido, o próprio Conselho Nacional de Secretários de Saúde destaca que: “O estado, o Distrito Federal e o município poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a Rename [Relação Nacional de Medicamentos], e serão responsáveis pelo financiamento desses medicamentos”¹¹²³. Ou seja, outros entes da Federação podem incorporar medicamentos em suas listas próprias, desde que se responsabilizem por seu financiamento e que tal produto esteja registrado pela ANVISA¹¹²⁴. Mesmo para relação de medicamentos instituída em âmbito nacional, na forma do art. 19-P, inciso I, é necessário que seja pactuada a responsabilidade pelo fornecimento na Comissão Intergestores Tripartite.

Em terceiro lugar, tal posicionamento confunde competência para avaliar e incorporar tecnologia e competência para promover a assistência farmacêutica – que representa um desdobramento da assistência terapêutica integral, conforme artigo 6º, inciso I, alínea *d*, da Lei Orgânica da Saúde. Os requerentes em ações como o RE 566.471, regra geral, não estão demandando a incorporação do medicamento como política pública ampla, mas apenas uma prestação específica. Ou seja, o pedido se baseia no direito à assistência farmacêutica, e não no complexo normativo de incorporação de tecnologia ao SUS.

A assistência farmacêutica, parte essencial da assistência terapêutica integral, é de responsabilidade tripartite, ou seja, de todos os entes federativos. Isso é notadamente mais marcante no caso dos medicamentos considerados de “alto custo”, que, regra geral, fazem parte do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Tal componente é dividido em 4 grupos, sendo que apenas em um deles a aquisição e o financiamento são de inteira responsabilidade da União, mas, ainda assim, em todos os casos, a responsabilidade de entregar os medicamentos ao paciente é sempre do gestor estadual ou municipal¹¹²⁵. Em suma, a organização

¹¹²³ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Sistema Único de Saúde**. Coleção para entender a gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2011, p. 33.

¹¹²⁴ Ibidem, p. 33.

¹¹²⁵ A definição da sofisticada organização das responsabilidades pela assistência farmacêutica entre os gestores dos 3 níveis da Federação está atualmente regulamentada pela Portaria nº 1.554,

da oferta da assistência farmacêutica no SUS difere da organização para avaliação e incorporação de produtos e tecnologias ao sistema¹¹²⁶, e, quando as partes demandam acesso a determinado medicamento ou produto no Judiciário, estão se referido ao primeiro conjunto de normas jurídicas, não ao segundo.

Além dos fundamentos jurídicos acima destacados, colhidos da organização normativa do SUS, há ainda de se considerar o impacto negativo que a adoção de tal medida causaria no acesso à Justiça. Isso porque a Justiça Estadual tem significativamente mais capilaridade que a Justiça Federal: aquela é estruturada com 2.710 comarcas, que atendem aos 5.570 municípios brasileiros, ou seja, nada menos que 49% dos municípios são sedes de comarca¹¹²⁷; já o primeiro grau da Justiça Federal possui estrutura de apenas 276 subseções judiciárias¹¹²⁸, ou seja, está presente em 10 vezes menos cidades do que o ramo estadual. Tal situação

de 30 de julho de 2013, fruto de prévia pactuação ocorrida na reunião da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) de 28 de fevereiro de 2013. O terceiro artigo da referida norma resume as principais obrigações dos entes, conforme os quatro grupos que formam o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica: “Art. 3º Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas: I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em: a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e b) Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; (Alterado pela Portaria GM/MS nº 1.996 de 11 de setembro de 2013) II - Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e III - Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica”.

¹¹²⁶ Nesse sentido, importante conferir dois manuais produzidos, respectivamente, pela gestão federal e pela gestão estadual do SUS. O primeiro: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A Assistência Farmacêutica no SUS**. Coleção para entender a gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2011. O segundo: BRASIL. Ministério da Saúde. **Componente Especializado da Assistência Farmacêutica**: inovação para a garantia do acesso a medicamentos no SUS. Brasília: Ministério da Saúde (SCTIE), 2014.

¹¹²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016, p. 86.

¹¹²⁸ Ibidem, p. 212.

implicaria que grande parte dos cidadãos com necessidades específicas de acesso a medicamentos não padronizados tivesse de se deslocar para outros municípios.

A dificuldade de acesso seria ainda mais acentuada para os cidadãos das classes populares, já que tal parcela da população, que, regra geral, necessita da assistência jurídica gratuita de um Defensor Público, teria número muito reduzido de profissionais à sua disposição, uma vez que o número de defensores públicos federais ainda está muito aquém do necessário. No Brasil, enquanto existem 5.512 defensores públicos estaduais na ativa (média de 227 Defensores por estado)¹¹²⁹, os quais atendem a 40% das comarcas brasileiras¹¹³⁰, a esfera federal conta com apenas 550 defensores públicos federais na ativa.¹¹³¹

No que tange ao “parâmetro procedimental” baseado na **realização de diálogo interinstitucional**, vale destacar que, embora a abertura para o diálogo interinstitucional por parte do magistrado seja inegavelmente aspecto importante no âmbito da judicialização da saúde, são necessários mecanismos institucionais para que tal diálogo ocorra. Nesse sentido, existem diversas iniciativas institucionais que já constam nas recomendações e resoluções do CNJ, muitas delas em pleno funcionamento e com muitos resultados positivos, a exemplo da atuação dos Comitês Executivos Estaduais de Saúde¹¹³². A atuação do Poder Judiciário, por meio de seus tribunais ou do Conselho Nacional de Justiça, para ampliar ou criar novas iniciativas institucionais pode alcançar resultados mais amplos do que a atuação do magistrado dentro dos limites do julgamento das lides processuais.

¹¹²⁹ GONÇALVES, G. V. O.; BRITO, L. C. S.; FILGUEIRA, Y. G. S. (Orgs.). **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, SRJ, 2015, p. 15.

¹¹³⁰ Ibidem, p. 59.

¹¹³¹ Ibidem, p. 16.

¹¹³² Dois bons exemplos são os comitês executivos estaduais de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul. Quanto ao primeiro, suas iniciativas e resultados podem ser acessados em sua página na internet < <http://www.comitesaudemg.com.br/www/> >

Acesso em: 22 ago. 2017.

Quanto ao Comitê do Rio Grande do Sul, conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Comitê Executivo Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul. **Ação de Planejamento e de gestão sistêmicos com foco na saúde**. Disponível em:

https://www2.jfrs.jus.br/wp-content/uploads/2013/10/cartilhapgsagosto_20151.pdf

Acesso em: 22 ago. 2017.

O Min. Fachin, por sua vez, sugere tese que constitua dois requisitos para eventual ordem pelo magistrado: a existência de prévio requerimento administrativo ou a realização da oitiva do gestor; e a apresentação de receituário de médico da rede pública, ou justificativa da impossibilidade de fazê-lo. No primeiro caso, observa-se a tentativa de constituir o **pedido administrativo como um requisito prévio** para eventual caracterização de lesão ou ameaça a direito. Vale destacar que o STF já considerou constitucional a exigência de requerimento administrativo para acesso à Justiça em recurso com repercussão geral para os casos de benefícios previdenciários (RE 631.240/MG, julgado em 03/09/2014¹¹³³). Ocorre que, naquele caso, o STF, agiu de forma a pacificar um dissenso jurisprudencial sobre uma situação administrativa existente, não a fomentar, via controle de constitucionalidade, a adoção de uma prática administrativa.

A adoção dessa tese pelo Pleno do STF em recurso com repercussão geral teria o efeito concreto de tornar vinculante o que orienta o Enunciado nº 13¹¹³⁴ da I Jornada de Direito à Saúde do CNJ. Aliás, tal prática de priorizar a resolução administrativa dos litígios em saúde tem sido marca da atuação institucional da Defensoria Pública no âmbito da judicialização da saúde, notadamente quando a resolução administrativa é organizada em arranjos institucionais desenhados para tal finalidade.¹¹³⁵

¹¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário 631.240/CE**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=631240&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

Acesso em: 22 ago. 2017.

¹¹³⁴ Enunciado nº 13: “Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas”. Disponível: http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAÚDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf

Acesso em: 22 ago. 2017.

¹¹³⁵ SANT’ANA, R. N. A relevante atuação da Defensoria Pública no Desenvolvimento do SUS. In: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Ciência e Tecnologia em Saúde**. Coleção para entender a gestão do SUS - Direito à Saúde. Brasília: CONASS, 2015, Pp. 7-8. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/ccount/click.php?id=115>

Acesso em: 22 ago. 2017.

Por fim, a proposta de tornar obrigatória a subscrição do **relatório por médico da rede pública**, ou da justificativa da impossibilidade de fazê-lo, reitera o que já está previsto no artigo 28, incisos I e II, do Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011¹¹³⁶. Em suma, a tese proposta busca, na verdade, dar efetividade à norma já existente.

2.3. As limitações da atividade adjudicativa: o que esperar das decisões do Supremo Tribunal Federal nos REs 566.471 e 657.718?

A avaliação conjunta dos votos até o momento proferidos nos REs 566.471 e 657.718 permite algumas conclusões. A mais importante é a percepção de que não há alteração na base do que fora anteriormente construída na STA 175 no que tange ao tratamento do direito à saúde como um direito social em suas dimensões objetiva e subjetiva. O registro na ANVISA e o rol de medicamentos estabelecido nas políticas públicas seguem sendo regras a serem observadas, mas que admitem exceções, que devem ser justificadas. Tal construção jurisprudencial se harmoniza com parte da doutrina jurídica que é no sentido do reconhecimento, “no caso concreto e a depender das circunstâncias, até mesmo de um direito originário a prestações na esfera de saúde”, mas que rejeita “a ideia de que o direito à saúde seja um direito a ‘qualquer coisa’”.¹¹³⁷

Ao lado da manutenção de tal concepção, contudo, há duas construções interpretativas que podem reduzir gravemente o escopo tanto da proteção constitucional do direito à saúde quanto do acesso à justiça. No primeiro caso, nos referimos à proposta de instituir a incapacidade financeira como pressuposto para o direito de pleitear acesso à assistência farmacêutica fora dos parâmetros definidos

¹¹³⁶ Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente: I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS.

¹¹³⁷ SARLET, I. W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 338.

nas políticas públicas¹¹³⁸; no segundo, nos referimos à interpretação de que tais demandas, além de limitadas pela incapacidade financeira, estariam afetas apenas à competência da Justiça Federal, em razão da atribuição da União para avaliação e incorporação de novos componentes farmacêuticos ao SUS.

Como já destacamos, tais inovações interpretativas não encontram base constitucional clara, bem como não se sustentam na própria organização legal e administrativa do SUS. Tais limitações, a nosso ver, representariam um exemplo da tendência dos juristas a subordinar as diretrizes políticas recebidas da sociedade – que notadamente se encontram na Constituição – às diretrizes construídas no âmbito da doutrina jurídica¹¹³⁹. Tal proceder conduz ao risco de usurpação do poder democrático e pode, ao invés de estimular, comprometer¹¹⁴⁰ a construção de alternativas institucionais aos problemas analisados nos recursos em julgamento.

No mais, a variedade de critérios sugeridos nos votos já proferidos, em sua maior parte, reflete algumas exitosas práticas administrativas existentes que foram, inclusive, incluídas dentre os enunciados das Jornadas de Saúde do CNJ. A transformação de tais práticas ou de algumas orientações em componentes de uma “tese” de julgamento em sede de repercussão geral é iniciativa que, todavia, terá efetividade muito limitada, caso não se faça acompanhar de criação e desenvolvimento dos arranjos institucionais que proporcionem que sejam tomadas as medidas concretas para se atenderem os critérios interpretativos vinculantes. Ou seja, a instituição de diálogo interinstitucional, por exemplo, depende de canais de comunicação institucionalizados e plurais para que o diálogo ocorra.

¹¹³⁸ Registramos, novamente, opiniões em sentido diverso, tal qual a de Sarlet e Figueiredo, ao asseverarem que “la universalidad de los servicios de salud no trae, como corolario inexorable, la gratuidad de las prestaciones materiales para toda y cualquier persona” (SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F.. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (OrgS.). **La Protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 279).

¹¹³⁹ Conferir: UNGER, R. M.. **The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task**. Cambridge/Londres: Verso, 2015, pp. 58-59.

¹¹⁴⁰ Nesse sentido, conferir: Idem. **What Should Legal Analysis Become?** Londres/Nova Iorque: Verso, 1996, pp. 39-40.

As realizações de pedidos administrativos devem pressupor uma estrutura para apreciá-los, avaliá-los de forma adequada e respondê-los. A avaliação dos casos por médicos da rede pública depende da garantia de efetivo acesso à prestação desse serviço; a adoção dos parâmetros da Medicina Baseada em Evidências depende da construção de instrumentos que permitam ao magistrado e aos demais atores do sistema de justiça acesso a informações e avaliações técnicas qualificadas e isentas. Logo, **sem a oferta dos instrumentos institucionais, o uso da orientação jurisprudencial vinculante representará uma tentativa de mudar o comportamento dos magistrados – e, por consequência, de todo o sistema de justiça – sem os correspondentes meios materiais para isso.**

Vale destacar que nossa observação não é uma crítica à postura do Tribunal Constitucional de tentar construir diretrizes interpretativas mais específicas, pois tal proceder é recorrente na atividade prudencial voltada para políticas distributivas de bem-estar social. É o que destaca, por exemplo, Roberto Mangabeira Unger:

(...) a tentativa de levar em conta critérios distributivos num contexto jurisdicional inevitavelmente força os tribunais a entrar em campos nos quais a complexidade de fatores relevantes e a ausência de normas de justiça largamente aceitas tornam difícil atingir e manter a generalização. A situação é agravada pelo impulso de estender a responsabilidade, em atendimento a considerações de equidade, a áreas onde surgem os mesmos tipos de problema.¹¹⁴¹

No âmbito da judicialização da saúde, a tendência à construção de critérios jurisprudenciais cada vez mais específicos para conciliar a justiça do caso individual aos princípios de justiça distributiva é ainda mais compreensível. Tal tendência, contudo, deve ser temperada pela necessidade de se preservar a distinção clássica que está na base do constitucionalismo: jurisdição, de um lado, e administração e política, de outro¹¹⁴². Eventual confusão entre tais limites pode conduzir os Tribunais a se assemelharem às instituições administrativas e, em um segundo momento, às próprias instituições políticas. Nesse passo, “a diferença entre juristas e outros burocratas ou técnicos começa a desaparecer”¹¹⁴³. Em suma, é importante que a

¹¹⁴¹ Idem. **O Direito na Sociedade Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 209.

¹¹⁴² Ibidem, p. 64.

¹¹⁴³ Ibidem, p. 210.

atividade de interpretação não se afaste em demasia do texto para apegar-se, em razão das especificidades de cada situação, a um “sentido concreto da norma ou a uma valorização da regra normativa pelo sistema ou, ainda, a uma pretensa interpretação “conforme a Constituição”, esse largo teto debaixo do qual se abrigam todas as soluções possíveis e imprevisíveis(...)”.¹¹⁴⁴

Assim, para promover a necessária construção de diretrizes mais claras para a judicialização da saúde sem comprometer os limites da atuação jurisdicional, torna-se imprescindível que se amplie o escopo das propostas para a judicialização. A aposta precisa ser mais ousada e o direito, oferecer tais ferramentas, pois a conjugação entre ideais e interesses devemos somar as iniciativas para transformar tal casamento em arranjos práticos.¹¹⁴⁵

No caso da judicialização da saúde, tais arranjos devem conectar tanto as instituições do sistema de justiça quanto as do sistema de saúde, de forma a abarcar a complexidade da prática social que envolve a saúde pública, bem como para definir as prestações individuais que o governo deve assegurar¹¹⁴⁶. Apenas com a ampliação do uso das ferramentas do direito para além da definição de como “os juízes devem decidir os casos” podemos explorar o potencial maior da análise jurídica: dar forma institucional à vida social por intermédio da imaginação das formas de reconciliar os interesses e ideais das pessoas às condições institucionais e práticas que as representam.¹¹⁴⁷

Se a atividade jurisprudencial, conforme argumentamos, não pode, por si só, atingir o potencial que a judicialização pode desempenhar como instrumento democrático de acesso à saúde, nos debruçaremos, no próximo tópico, sobre as alternativas que têm sido aventadas no debate institucional e acadêmico acerca de **qual judicialização** deveríamos construir para nossa saúde – ou se o caminho é

¹¹⁴⁴ BONAVIDES, P.. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 495.

¹¹⁴⁵ UNGER, 1996, op. cit., p. 1.

¹¹⁴⁶ Acerca da necessidade de os juristas conciliarem os aspectos ideais e as práticas sociais relativas a cada ramo do direito, conferir: Idem. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1986, p. 8.

¹¹⁴⁷ UNGER, 2015, op. cit., pp. 47-49.

“desjudicializar”. Para tanto, damos destaque tanto à narrativa criada no âmbito acadêmico sobre a judicialização quanto às propostas e iniciativas existentes nessa seara.

3. O debate acadêmico acerca da judicialização da saúde

A repercussão que a judicialização da saúde alcançou em âmbito político e institucional se reflete no âmbito acadêmico. São numerosas e variadas as reflexões e pesquisas acadêmicas acerca do tema, de forma que há considerável produção tanto no aspecto quantitativo (número de artigos) quanto no aspecto qualitativo, o que transparece na dedicação consistente de alguns pesquisadores ao tema ao longo de vários anos. As pesquisas acadêmicas têm recebido influência e têm influenciado iniciativas institucionais e atividade adjudicativa. Daí a importância de situarmos os principais argumentos e posicionamentos presentes na produção acadêmica, suas limitações e quais contribuições podem oferecer.

Assim, iniciamos nossa abordagem pela avaliação das narrativas que vêm sendo construídas ao longo das pesquisas. Em seguida, destacamos pesquisa realizada a partir da atuação da Defensoria Pública, a qual auxilia a compreender algumas das limitações das pesquisas empíricas. Por fim, nos voltamos para as contribuições que o debate acadêmico apresenta.

3.1. As narrativas construídas em torno da Judicialização da Saúde

Os estudos acadêmicos sobre a judicialização da saúde têm enfatizado de forma mais constante o “lado negativo” da judicialização da saúde, tendência que já havia sido identificado por Miriam Ventura *et al* ainda em 2010^{1148,1149}. Dentre os efeitos negativos por ela destacados estão: o comprometimento da governabilidade

¹¹⁴⁸ VENTURA, M. *et al*. Judicialização da saúde, acesso à justiça e à efetividade do direito à saúde. **Physis- Revista de Saúde Coletiva**, v. 20, n. 1, 2010, p. 79.

¹¹⁴⁹ A visão crítica à judicialização da saúde é também intensa em outros países da América Latina. Conferir: YAMIN, A. E.. Promoting equity in health: What role for courts?. **Health & Human Rights**, v. 16, n. 2, 2014, p. 2.

e da gestão da saúde; e o aprofundamento de iniquidades de acesso, em razão do privilégio obtido por segmentos e indivíduos com maior poder de reivindicação. De outro lado, tal visão seria temperada por outros pesquisadores, que reconhecem nas deficiências ou insuficiências do SUS um fator que conduz à judicialização. Dessa forma, se reconhecia que o aumento da atuação do sistema de justiça, embora tenha repercussões na gestão e influencie tomadas de decisões, ao menos em parte era decorrência das “deficiências da própria administração pública”.¹¹⁵⁰

Desde então, tem ganhado ainda mais força a visão de que há uma “judicialização excessiva”¹¹⁵¹, e, assim, a ideia de judicialização da saúde foi sendo gradativamente reduzida para se referir, em geral, a uma distorção que tem duas principais faces: o excesso de ações e o descabido protagonismo da magistratura e do Poder Judiciário¹¹⁵². Como bem destacou Milton Nobre na preleção de abertura do 1º Encontro do Fórum Nacional da Saúde (CNJ), realizada em novembro de 2010, vulgarizou-se a ideia de que “o Poder Judiciário estaria se metendo no que não deve”¹¹⁵³. Já naquele momento, Nobre chamava atenção para o fato de que a ideia de judicialização possui uma conotação mais ampla, como, por exemplo, a “aplicação dos métodos ou modelos judiciais de solução de controvérsias (...) em ambiente extrajudicial, e, inclusive, no âmbito administrativo por autoridades independentes cujas decisões vinculam o próprio Estado”¹¹⁵⁴. Apesar disso, a judicialização da saúde, não raro, passou a ser tratada apenas como sinônimo de tribunalização.¹¹⁵⁵

A crítica à judicialização da saúde, embora tenha se tornado a regra, não é uniforme em seus argumentos. Ademais, é raro encontrar quem rejeite

¹¹⁵⁰ Ibidem, p. 80.

¹¹⁵¹ O referido termo ganhou muita repercussão em artigo de Luís Roberto Barroso: BARROSO, L.R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, pp. 29-60, jan./mar. 2009, pp. 44-47.

¹¹⁵² NOBRE, M. A. de B.. A denominada Judicialização da Saúde: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 382-383.

¹¹⁵³ Ibidem, p. 383.

¹¹⁵⁴ Ibidem, p. 379.

¹¹⁵⁵ Ibidem, p. 378.

peremptoriamente a importância do acesso à justiça como forma de demandar concretização de direitos. Nesse sentido, há evidente intenção de grande parte dos pesquisadores de colaborar para que a judicialização não desestruture o SUS, mas, ao mesmo tempo, sirva de instrumento para que seus usuários busquem efetivo acesso aos bens e serviços de saúde. São exemplos os trabalhos de Álvaro Ciarlini¹¹⁵⁶, Ingo Sarlet¹¹⁵⁷, Jairo Bisol¹¹⁵⁸, Silvia Marques e Maria Célia Delduque¹¹⁵⁹ e Sueli Dallari¹¹⁶⁰. Quando saímos do âmbito das intenções para o da análise dos efeitos da judicialização e de como devemos lidar com eles, as divergências ganham mais contraste.

Um grupo de pesquisadores assume a judicialização preponderantemente como um instrumento positivo para o SUS ou para os seus usuários, bem como destaca a importância da tutela individual ao lado da tutela coletiva. Adotam tal perspectiva, por exemplo, Sônia Fleury, para quem a judicialização pode, inclusive, colaborar para “salvar o SUS”¹¹⁶¹; João Biehl, que enxerga na judicialização uma luta de grupos e pessoas vulneráveis que resistem a serem “estratificados para fora da existência”¹¹⁶²; ou Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, que se opõem às teses que buscam deslegitimar as demandas por prestações de caráter individual¹¹⁶³, embora

¹¹⁵⁶ CIARLINI, Alvaro Luis de A. S.. **Direito à Saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹¹⁵⁷ SARLET, I. W.. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pp. 335-343.

¹¹⁵⁸ BISOL, Jairo. Judicialização desestruturante: revezes de uma cultura jurídica obsoleta. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (Orgs.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, v. 4, 2008, pp. 327-331.

¹¹⁵⁹ MARQUES, S. B.; DELDUQUE, M. C.. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. **Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva**, 2009, pp. 98-100.

¹¹⁶⁰ DALLARI, S. G.. O Judiciário e o Direito à Saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 481.

¹¹⁶¹ FLEURY, S. Judicialização pode salvar o SUS. **Saúde em debate**, v. 36, n. 93, pp. 159-162, 2012.

¹¹⁶² BIEHL, J.. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health and Metamorphosis of Biopolitics. **Lua Nova**, n.98, pp.77-105, 2016, pp. 94 e 100.

¹¹⁶³ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F.. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (Orgs.). **La Protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 274-275.

destaquem a importância da adoção de critérios para essa forma de acesso¹¹⁶⁴. Aliás, não se encontra, mesmo entre os “defensores” da judicialização da saúde, quem abrace a ideia de que o Estado deva garantir “tudo para todos”.

Dentre os autores que adotam tom crítico, a percepção varia muito, a depender da abordagem de aspectos como individual/coletivo ou sobre se a demanda se refere a algo previsto ou não nas políticas públicas. É comum encontrar avaliações moderadas que ressaltam a importância da atuação coletiva e que, por outro lado, demonstram preocupação com a tutela individual.

Nesse sentido, Alvaro Ciarlini dá maior relevo à tutela coletiva, notadamente ao instrumento da Ação Civil Pública e à necessidade de se aprimorar sua condução e julgamento. Quanto ao âmbito subjetivo, afirma que “os casos omissos deverão ser passíveis de análise pelo Judiciário, pelo intermédio de ações que tutelem a esfera individual desses direitos”¹¹⁶⁵. Destaque-se, ainda, a pesquisa de Telma Menicucci e José Machado, na qual os autores reconhecem o acesso à justiça e a possibilidade de a judicialização ter efeito positivo sobre a implementação de políticas públicas, contudo, concluem que o perfil predominante de demandas individuais por medicamentos tende a produzir efeitos negativos e gerar iniquidade entre os cidadãos¹¹⁶⁶. Por fim, merece ainda referência o estudo de Luís Barroso, que, embora reconheça a legitimidade para demandas individuais, destaca que os pedidos devem ficar restritos ao previsto nas políticas públicas. Às demandas coletivas, de outro lado, ele reconhece escopo mais amplo, de modo a promover a alteração e atualização das políticas de assistência farmacêutica.¹¹⁶⁷

Na maior parte dos estudos acadêmicos, no entanto, sobressai a forte crítica à judicialização, especialmente no que tange às demandas individuais, que

¹¹⁶⁴ Ibidem, pp. 292-294.

¹¹⁶⁵ CIARLINI, A. L. de A. S.. **Direito à Saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 237-240.

¹¹⁶⁶ MENICUCCI, T. M. G.; MACHADO, J. A.. Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: individual rights versus collective rights. **Braz. political sci. rev.**, Rio de Janeiro, v. 5, 2010, pp. 61-64.

¹¹⁶⁷ BARROSO, L.R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a. 60, n. 188, pp. 29-60, jan./mar. 2009, pp. 47-50.

perfazem a ampla maioria dos casos. As críticas atribuem à judicialização: ser um fenômeno de elites; o alargamento das iniquidades no acesso à saúde; o comprometimento da gestão administrativa e orçamentária; a distorção das políticas farmacêuticas¹¹⁶⁸; e o próprio comprometimento do caráter universal do SUS.¹¹⁶⁹

Como se observa, os fundamentos mais comumente utilizados permanecem muito semelhantes àqueles identificados por Miriam Ventura em 2010 e **se conectam para retratar de forma negativa não apenas a judicialização em si, mas também quem judicializa**. Tal tendência é bem resumida por João Biehl:

De acordo com essas narrativas, a judicialização é conduzida por elites urbanas que buscam medicamentos de alto custo que não fazem parte dos padrões governamentais. As pessoas que judicializam são retratadas como litigantes abastados que exploram a amplitude do direito constitucional à saúde do país, prejudicando as políticas de saúde pública e promovendo os interesses do setor privado que restringem e exaurem a boa governança. (Tradução livre)¹¹⁷⁰

Tais narrativas coincidem muito com o discurso adotado no âmbito político da gestão do SUS (Ministro e Secretários) e pelos governadores dos estados, conforme destacados no tópico anterior, mas, vale registro a afirmação do então Ministro Arthur Chioro de que as ações judiciais “fazem tirar recursos da população mais pobre para beneficiar os que têm mais recursos” e a assertiva do Secretário de Saúde de São Paulo, David Uip, que compara a judicialização a “uma espécie de Robin Hood às avessas: tira dos mais pobres para dar a quem tem condições de

¹¹⁶⁸ Ibidem, p. 98.

¹¹⁶⁹ Conferir: DUTRA, R.; CAMPOS, M. M.. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. **Conexão Política**, Teresina, v. 2, n. 2, pp. 11-47, ago./dez. 2013, pp. 34-35.

¹¹⁷⁰ “According to such narratives, judicialization is driven by urban elites seeking high-cost drugs that are not part of governmental formularies. People who judicialize are portrayed as well-off litigants exploiting the expansiveness of the country’s constitutional right-to-health, undermining public health policies and furthering private-sector interests that constrain and deplete good government”. (BIEHL, J.. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health and Metamorphosis of Biopolitics. **Lua Nova**, n. 98, pp. 77-105, 2016, p. 80).

pagar por um bom advogado”.¹¹⁷¹ Discursos como esses têm sido corroborados por uma significativa produção acadêmica crítica à judicialização.¹¹⁷²

Nesse cenário, a judicialização teria **dois vilões** – as elites e o setor privado (sobretudo a indústria farmacêutica) – e **duas vítimas**: a gestão do SUS e os pobres. O **enredo** se desenvolve mais ou menos assim: 1) a indústria farmacêutica busca mercado para seus novos produtos e as elites brasileiras acionam seus advogados que conseguem do Poder Judiciário ordens de fornecimento às custas do SUS; 2) o excesso de ordens judiciais desorganiza a gestão e o orçamento do SUS, prejudicando os pobres que dependem dele.

Para confirmar se tal hipótese é crível, ou seja, se retrata a realidade da judicialização da saúde, duas questões centrais devem ser confirmadas: a elitização dos litígios e a desestruturação da gestão do SUS. Em suma, precisamos avaliar se, de fato, as classes populares estão alijadas desse instrumento de acesso à saúde que se tornou a judicialização e, em segundo lugar, é necessário entender se a gestão do SUS está, de fato, sendo desestruturada pela judicialização e em que nível isso afeta as classes populares.

3.2. Crítica à tese da judicialização pelas elites

A alegação de que a judicialização de qualquer aspecto da vida social é um fenômeno de elites deveria ser vista com reserva em um país que alcançou 102 milhões de processos judiciais em tramitação¹¹⁷³, ou seja, um processo para cada 2 habitantes. Na seara da saúde pública, contudo, afirmar a “tese da judicialização

¹¹⁷¹ COLLUCCI, C.. Judicialização faz desigualdade na saúde avançar. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 29 mar. 2014. Especial. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/158639-judicializacao-faz-desigualdade-na-saude-avancar.shtml>

Acesso em: 25 ago. 2017.

¹¹⁷² BIEHL, op. cit., p. 91.

¹¹⁷³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016, p. 42.

pelas elites”¹¹⁷⁴ tornou-se praticamente um senso comum, inclusive no âmbito acadêmico.

Não são incomuns os estudos acadêmicos que lançam mão da tese da judicialização pelas elites sem adotar qualquer base empírica para fundamentar essa assertiva. Nesse sentido, Vieira e Benevides apontam que o aumento da judicialização contribui para “desequilíbrio ainda maior na distribuição da oferta de bens e serviços entre os grupos sociais, em desfavor da parcela mais vulnerável da população”¹¹⁷⁵; Dutra e Campos, por sua vez, afirmam que a judicialização reforça a lógica de “concentração do acesso a serviços de saúde nas mãos dos que já possuem acesso privilegiado à justiça (...)”¹¹⁷⁶; já Ana Gawryszewski *et al* afirmam que “os mecanismos legais utilizados reforçam a desigualdade do acesso” e “oferecem recursos àqueles sujeitos de camadas sociais privilegiadas”.¹¹⁷⁷

Dessa forma, entendemos que assiste razão a João Biehl quando afirma que parte das pesquisas acadêmicas tem sido comprometida por argumentos ideológicos ou, no caso das pesquisas empíricas, pela utilização de amostras de pesquisa muito reduzidas, com limitada cobertura geográfica ou exame de poucas variáveis.¹¹⁷⁸

Revisão sistemática realizada por Catanheide *et al*¹¹⁷⁹ corrobora tal assertiva de Biehl. A revisão abarcou a análise de 53 estudos de natureza empírica, publicados entre 1988 e 2014, sobre a judicialização do acesso a medicamentos no

¹¹⁷⁴ Tomamos o termo emprestado de Marcelo Medeiros e Débora Diniz. Conferir: MEDEIROS, M.; DINIZ, D.; SCHWARTZ, I. V. D.. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 4, 2013.

¹¹⁷⁵ VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. **Nota Técnica nº 28**. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 15.

¹¹⁷⁶ DUTRA, Roberto; CAMPOS, Mauro Macedo. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. **Conexão Política**, Teresina, v. 2, n. 2, pp. 11-47, ago./dez. 2013, p. 35.

¹¹⁷⁷ GAWRYSZEWSKI, A.B.; OLIVEIRA, D.C.; GOMES, A.T.. Acesso ao SUS: representações e práticas de profissionais desenvolvidas nas Centrais de Regulação. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**, v. 22, n. 1, pp. 119-140, jan. 2012, p. 128.

¹¹⁷⁸ Ibidem, pp. 91-92

¹¹⁷⁹ CATANHEIDE, I. D.; LISBOA, E. S.; SOUZA, L. P. F. E.. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**, v. 26, n. 4, pp. 1335- 1356, dez. 2016, pp. 1341-1343.

Brasil. A pesquisa identificou, dentre estes, 9 estudos que abordam direta ou indiretamente a renda mensal familiar. Ao revisá-los, foram identificados resultados conflitantes, bem como limites metodológicos no número de casos estudados, espaço amostral ou limite territorial¹¹⁸⁰. Os pesquisadores, então, concluem:

Sendo assim, ainda que possam revelar indícios, **especialmente no Estado de São Paulo**, esses achados são insuficientes para afirmar que as demandas judiciais, no Brasil, têm como autores indivíduos com um ou outro nível de renda. Em consequência, **não se pode afirmar se a judicialização contribui ou não para aprofundar a iniquidade social no acesso a medicamentos**. (grifo nosso)¹¹⁸¹

Além da conclusão em si da pesquisa acima referida, merece ser sublinhada a menção aos estudos advindos do estado de São Paulo, pois é muito comum que a tese da judicialização pelas elites seja genericamente sustentada a partir de resultados de pesquisas empíricas realizadas tão somente na capital paulista. É o que ocorre com as pesquisas de Vieira e Zucchi¹¹⁸², que se baseiam em dados de 2005; de Ana Chieffi e Rita Barata¹¹⁸³, com dados referentes ao ano de 2006; e o estudo de Wang e Ferraz¹¹⁸⁴, que utiliza informações relativas ao período entre 2006 e 2009.

O erro presente nas três pesquisas acima destacadas – e em outras que se baseiam nelas – é realizar ilações sobre a suposta iniquidade da judicialização da saúde no Brasil a partir tão somente dos dados do município de São Paulo. Se tomar o Brasil apenas pelo município de São Paulo, ou mesmo pelo estado, já seria questionável, há, ainda, uma questão institucional a ser realçada: a Defensoria

¹¹⁸⁰ Vale conferir o detalhamento das limitações metodológicas: “a maioria dos estudos apresenta limites metodológicos: Anjos (2009) analisa o perfil de apenas 42 autores de demandas judiciais; Vieira e Zucchi (2007) restringem-se a 133 autores de ações; Marçal (2012) identifica a renda em apenas 6,3% dos processos; Chieffi e Barata (2009), apesar de terem analisado um número maior de processos (2.925), limitam seu estudo às ações movidas contra a secretaria estadual de saúde de São Paulo, por moradores da capital; e Menicucci e Machado (2010) analisam apenas 250 autores domiciliados em Belo Horizonte” (Ibidem, p. 1.342).

¹¹⁸¹ Ibidem, p. 1343.

¹¹⁸² VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P.. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, 2007.

¹¹⁸³ Chieffi A. L, Barata R.B.. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saude Pública**, v. 25, n. 8, pp.1839-1849, 2009, p. 1848.

¹¹⁸⁴ WANG, D. W. L.; FERRAZ, O. L. M.. Reaching out to the needy? access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of São Paulo. **Sur (International Journal on Human Rights)**, v. 10, n. 18, pp. 158-179, 2013.

Pública só foi instituída em São Paulo no ano de 2006, ou seja, nos anos que serviram de base para os estudos, a instituição ou não existia ou ainda estava se estruturando. Ainda assim, surpreendentemente, pesquisas atuais, publicadas em 2017, seguem utilizando tais dados como referência para sustentar iniquidades supostamente decorrentes da judicialização¹¹⁸⁵. É razoável supor que, 11 anos após a criação da Defensoria Pública de São Paulo, algo tenha se alterado nesse cenário. A despeito disso, a realidade em outros estados brasileiros aponta cenário muito diverso.

Estudo de Ana Messeder *et al* avaliou demandas judiciais por acesso a medicamentos no estado do **Rio de Janeiro** entre os anos de 1991 e 2001. Mesmo naquele momento, mais da metade dos demandantes (53,5%) eram assistidos pela Defensoria Pública estadual; além desse número, outros 6,7% por escritórios-model; e apenas 20,3% dos litigantes eram representados por advogados particulares¹¹⁸⁶. Pesquisa realizada por Barreto *et al* em municípios do estado da **Bahia**, entre 2006 e 2010, aponta que, em 57% das ações, o requerente foi patrocinado pela Defensoria Pública ou até pelo Ministério Público¹¹⁸⁷. Biehl *et al* pesquisaram ações no estado do **Rio Grande do Sul** entre 2002 e 2009 e identificaram que 59% dos litigantes estavam representados por defensores públicos¹¹⁸⁸, já Campos Neto *et al*, em pesquisa no estado de **Minas Gerais**, encontraram índice mais alto: 61,8% de litigantes representados pela Defensoria Pública¹¹⁸⁹.

Os dados mais significativos são aqueles obtidos em estudos sobre o perfil das demandas no **Distrito Federal**. Janaína Penalva, ao analisar demandas que tramitaram entre 2005 e 2010, identificou que “praticamente todos os processos

¹¹⁸⁵ Como exemplo, conferir: TOMA, T. S. *et al*. Estratégias para lidar com as ações judiciais de medicamentos no estado de São Paulo. **Cadernos ibero-americanos de direito sanitário**, v. 6, n. 1, pp. 35-54, 2017, p. 38.

¹¹⁸⁶ MESSEDER, A. M. *et al*. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, pp. 525-534, mar./abr. 2005, p. 527.

¹¹⁸⁷ BARRETO, J. L. *et al*. Perfil das demandas judiciais por medicamentos em municípios do estado da Bahia. **Revista Baiana de Saúde Pública**, v. 37, n. 3, pp. 536-552, jul./set. 2013, p. 542.

¹¹⁸⁸ BIEHL, João *et al*. Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. **Health and Human Rights: an international journal**, v. 14, n. 1, 2012, p. 36.

¹¹⁸⁹ CAMPOS NETO, O. H. *et al*. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Revista de saúde pública**, v. 46, n. 5, pp. 784-790, 2012, p. 786.

(95,06%) no Distrito Federal foram conduzidos pela Defensoria Pública, o que permite presumir a hipossuficiência dos recursos”¹¹⁹⁰. Ela acrescenta, ainda, que apenas 3,64% das ações tiveram condução por escritórios de advocacia privada. Delduque e Badim, ao avaliaram ações que tramitaram entre 2005 e 2008, identificaram 95,4% dos casos patrocinados pela Defensoria Pública distrital.¹¹⁹¹

Estudo técnico do Tribunal de Contas da União, publicado em agosto de 2017, corrobora nossa assertiva, no sentido de realçar a heterogeneidade de contexto entre os estados brasileiros. Dentre as unidades do Poder Judiciário analisadas quanto à representação processual dos litigantes, foram identificados quatro Tribunais que apresentam “a Defensoria Pública como principal protagonista da judicialização da saúde (TJDFT, TJRJ-1º grau, TJRS-1º grau e TRF-5ª)”. De outro lado, a “advocacia privada é majoritária em outros quatro tribunais (TJSP, TRF-2ª, TRF-3ª e TRF-4ª)”.¹¹⁹²

Vale destacar, ainda, estudo específico de Medeiros e Diniz, no qual avaliam e rejeitam a tese da judicialização pelas elites a partir da análise do perfil socioeconômico de demandantes portadores de mucopolissacaridose. Os pesquisadores ainda alertam para o fato de que a representação pela advocacia privada, o local de residência dos pacientes ou mesmo a prescrição por médico privado não constituem bons indicadores do perfil de classe dos demandantes. Isso porque os honorários podem estar sendo arcados por alguma entidade que dê suporte à judicialização daquele determinado tratamento ou o local de residência

¹¹⁹⁰ PENALVA, J. **Judicialização do Direito à Saúde**: O caso do Distrito Federal. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011, p. 14.

¹¹⁹¹ MARQUES, S. B.; DELDUQUE, M. C.. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. **Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva**, 2009, p. 101.

¹¹⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Relatório, itens 90-92. Julgado em 16/08/2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

Acesso em: 24 ago. 2017.

pode ter sido alterado pelas especiais condições da migração em busca de tratamento.¹¹⁹³

Por fim, sublinhamos, novamente, o estudo de João Biehl, que, a partir de pesquisa empírica realizada no estado do Rio Grande do Sul, identificou que a judicialização no âmbito da saúde é, sobretudo, um instrumento utilizado por pessoas de baixa renda e pessoas idosas¹¹⁹⁴. Leitura semelhante também pode ser encontrada nas pesquisas empíricas de Sant’Ana e Freitas Filho¹¹⁹⁵ e de Delduque e Badim.¹¹⁹⁶

Em suma, o conjunto das pesquisas acadêmicas existentes permite afirmar que as classes populares não estão alijadas do acesso à justiça ou são vítimas da judicialização da saúde. **A tese da judicialização pelas elites é um mito** propugnado pelo nível político da gestão do SUS e, equivocadamente, ratificado por parte da academia, inclusive em âmbito internacional¹¹⁹⁷. A “elitização” não perfaz uma característica da judicialização da saúde no Brasil, pois trata-se de um instrumento à disposição de todas as classes sociais. Ao contrário, se tivermos em mente que os indivíduos e grupos das classes populares são exatamente aqueles que mais sofrem com a exclusão no acesso e a precarização do sistema público, é exatamente para eles que a judicialização se apresenta como instrumento mais precioso para o acesso à saúde.

Antes, porém, de nos voltarmos para essa questão, avancemos para a análise das críticas acerca do efeito desestruturante da judicialização para a gestão

¹¹⁹³ MEDEIROS, M.; DINIZ, D.; SCHWARTZ, I. V. D.. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 4, 2013, p. 1.096.

¹¹⁹⁴ BIEHL, J.. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health and Metamorphosis of Biopolitics. **Lua Nova**, n. 98, pp. 77-105, 2016, p. 94.

¹¹⁹⁵ SANT’ANA, R. N.; FREITAS FILHO, R.. O direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Direito Público**, v. 12, n. 67, p. 70-102, maio 2016, pp. 98-99.

¹¹⁹⁶ MARQUES, S. B.; DELDUQUE, M. C., op. cit., p. 103.

¹¹⁹⁷ São inúmeros os estudos internacionais que incorporam o argumento da judicialização pelas elites. Para um exemplo, conferir: FLOOD, C. M.; GROSS, A.. Litigating the right to health: What can we learn from a comparative law and health care systems approach. **Health and Human Rights Journal**, v. 16, n. 2, p. 62-72, 2014, p. 64.

administrativa e orçamentária do SUS.

3.3. A judicialização da saúde compromete a gestão administrativa e orçamentária do SUS?

Ao lado da tese sobre a judicialização pelas elites está a crítica ao comprometimento do orçamento e da gestão do SUS pela judicialização. Basicamente, os acadêmicos que adotam essa crítica afirmam que recursos de outras áreas estariam sendo redirecionados para atender às ordens judiciais para fornecimento de medicamentos, notadamente aqueles de alto custo e não previstos nas políticas públicas.

Tal relação de causalidade entre, de um lado, fornecimento de fármacos fora das listas do SUS e, de outro, comprometimento do orçamento e de outras políticas é feita sem a mediação dos necessários estudos empíricos. Isso porque, no âmbito da judicialização, os estudos empíricos existentes dão enfoque apenas ao conteúdo das decisões judiciais, ao perfil de quem litiga ou, em algumas situações, aos valores investidos no cumprimento das decisões judiciais. Em suma, são pesquisas empíricas sobre o que acontece no Judiciário, mas não sobre a interação entre os sistemas de justiça e de saúde. As pesquisas não apontam, por exemplo, quais programas relevantes deixaram de existir ou foram reduzidos ou como a alocação de recursos em prol das decisões judiciais se dá no âmbito da formulação das leis orçamentárias em detrimento de outras políticas de saúde. O que se observa na maior parte dos estudos, tal qual o de Octávio Ferraz, é que simplesmente se aponta que esse é um cenário plausível¹¹⁹⁸, ou seja, presume-se tal relação de causalidade.

A evolução dessa crítica já chega, atualmente, ao ponto de sustentar que a judicialização focada em demandas individuais é fator que tende a “agravar o risco

¹¹⁹⁸ FERRAZ, O. L. M. Brazil: Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health. In: GLOPPEN, Siri. **Litigating Health Rights: Can Courts Bring more Justice to Health.** Cambridge: Harvar University Press, 2011, p. 99.

de desmantelamento do caráter universal do SUS”¹¹⁹⁹. Coloca-se a judicialização ao lado do subfinanciamento ou da adoção dos “planos acessíveis” como um dos fatores que põem em risco o SUS.

Um olhar mais detido sobre a questão impõe, entretanto, discordar de tais assertivas. Em primeiro lugar, a análise realizada no Capítulo I desta tese nos permite afirmar que existem dois fatores muito mais graves a ameaçar o SUS: as variadas formas de injustiça no acesso à saúde e o crônico subfinanciamento, que tende a se agravar nos anos vindouros. Ademais, como pontuamos no Capítulo II, a própria dubiedade na condução das políticas públicas tem conduzido à desnaturação do modelo público de saúde pela crescente segmentação da assistência e pela precarização dos serviços ofertados pelo SUS. No capítulo III, destacamos como tais problemas são fruto de uma construção gradual ao longo décadas e persistiram apesar do modelo público consagrado na Constituição de 1988. Assim, em um cenário como esse, é difícil conceber que a judicialização da saúde, um fenômeno recente, possa ser um fator relevante de desestruturação de todo o sistema e saúde.

Corroboram nossa afirmação algumas comparações que podem ser feitas a partir dos gastos com judicialização declarados pelo Ministério da Saúde. Conforme destacamos, a gestão federal afirma ter gasto com cumprimento de ordens judiciais aproximadamente R\$ 1 bilhão de reais em 2015, ano em que o orçamento autorizado foi de R\$ 121 bilhões¹²⁰⁰. Dois anos antes, em 2013, o gasto tributário federal em saúde foi de R\$ 25,4 bilhões, e, apenas para subsidiar planos de saúde privados das famílias brasileiras, foram gastos R\$ 6,5 bilhões, valor que tem

¹¹⁹⁹ GRAZIANE, É. Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira. **Futuro do Brasil, Ideias para a Nação**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, Centro de Estudos Estratégicos, 2017, p. 10. Disponível em:

<http://www.cee.fiocruz.br/?q=node/587>

Acesso em: 22 ago. 2017.

¹²⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Voto do relator, item II - 18. Julgado em 16/08/2017. Disponível em:

<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

Acesso em: 24 ago. 2017.

aumentado constantemente¹²⁰¹. Ademais, merece também lembrança a expansão do financiamento de planos de saúde a alguns estratos de servidores públicos, conforme destacamos nos capítulos iniciais da tese.

Outro grave problema realmente estrutural é o efeito da EC 95, o Novo Regime Fiscal, que, segundo projeções, pode impor ao financiamento das ASPS perda acumulada de R\$ 415 bilhões de reais durante os seus 20 anos de vigência. Em suma, do ponto de vista de comprometimento do orçamento, o impacto da judicialização pode ser apontado como algo a ser equalizado, mas de forma alguma como um fator relevante para a desestruturação do sistema. Eventual ruína financeira do SUS se dará, certamente, por outras razões que não a judicialização.

Se mudarmos o enfoque do impacto orçamentário e nos voltarmos para a gestão em si das políticas públicas, a conclusão não será muito diferente. Isso porque o que se demanda ao sistema de justiça é, em grande parte, aquilo que já está previsto nas políticas públicas, mas não está sendo ofertado. A exata composição, no âmbito nacional, entre o que se demanda “conforme” as políticas públicas ou o que se demanda “fora” das políticas públicas é questão da maior relevância, mas que ainda carece de estudos mais abrangentes e sistemáticos.

Nesse sentido, repisamos o registro feito pelo TCU em recente estudo técnico no sentido de que a gestão do SUS – federal, estadual ou municipal – não possui dimensão completa e detalhada sequer dos processos judiciais¹²⁰², quanto mais dos litígios que são resolvidos pela via administrativa por intermédio da atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público.

¹²⁰¹ Os dados relativos aos gastos tributários são referentes a 2013, pois não obtivemos acesso a estudos que abarquem o ano de 2015. Para acesso aos dados mencionados acima, conferir: OCKE-REIS, C. A.; GAMA, F. N.. Radiografia do gasto tributário em saúde – 2003-2013. **Nota Técnica nº 19**. Brasília: Ipea, 2016, pp. 22-27.

¹²⁰² BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Relatório, item 102. Julgado em 16/08/2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

Acesso em: 24 ago. 2017.

Mesmo os dados parciais obtidos pelo TCU permitiram concluir pela “ocorrência significativa de judicialização de itens que, por estarem incorporados ao SUS, deveriam ser fornecidos regularmente, sem a necessidade de intervenção judicial”¹²⁰³. Para chegar a tal conclusão, o estudo realça o alto índice de demandas judiciais por medicamentos padronizados no estado de São Paulo e a proeminência, no Distrito Federal, das demandas judiciais por internações para terapia intensiva. Vale lembrar que tal impressão se aproxima do que restou registrado no acórdão da STA 175: **“o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”**¹²⁰⁴. A preocupação em distinguir as situações em que o pedido o tratamento almejado está ou não previsto nas políticas públicas também permeia o julgamento dos REs 566.471 e 657.718.

Assim, ainda que seja plausível considerar que ações individuais que postulam tratamentos não previstos nas políticas públicas possam impactar a gestão, não é correto caracterizar as ações individuais como um elemento desestruturante do sistema. Isso porque, em muitas situações, as demandas individuais agem exatamente para exigir que as normas previstas sejam colocadas em prática, logo, o sistema de justiça está longe de representar um risco à gestão ou ao caráter universal do SUS. O risco real à universalidade do SUS, como vimos, se encontra, na verdade, na crescente segmentação do sistema de saúde com diversas iniciativas de desregulação do setor privado e expansão do mercado dos planos de saúde ao tempo em que são precarizados os serviços ofertados pelo SUS.

Devemos nos indagar, portanto: **qual a razão para tantas críticas à judicialização da saúde?**

¹²⁰³ Ibidem, item 333.

¹²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdãos. 17 mar. 2010, p. 92, grifo no original. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 19 ago. 2017.

Nossa hipótese é de que se está tomando o todo pela parte, ou seja, **toma-se o fenômeno amplo da judicialização da saúde pelo resultado específico das demandas judiciais que postulam medicamentos não padronizados ou sem registro na ANVISA**. Conforme temos pontuado desde a introdução da tese, a judicialização é um fenômeno amplo que envolve uma rica interface entre o direito e suas instituições e a saúde e o seu sistema¹²⁰⁵. Contudo, o debate acadêmico tem se limitado à questão da assistência farmacêutica, com especial atenção aos medicamentos não padronizados.

O volume de pesquisas de análise jurisprudencial ou sobre o cumprimento de decisões judiciais, que têm como foco somente demandas por medicamentos, é muito expressivo¹²⁰⁶. Dentre os diversos exemplos destacamos as pesquisas de Everton Silva *et al*¹²⁰⁷, Filomena Araújo¹²⁰⁸, Germano Schwartz *et al*¹²⁰⁹, Luiz

¹²⁰⁵ Relembramos que algumas pesquisas fazem uma distinção semântica entre a interação mais ampla entre as instituições do sistema de justiça e de saúde – ao que chamam de *juridicização* – e o ajuizamento de demandas por tratamentos de saúde no Poder Judiciário – ao que chamam de judicialização. Nesse sentido, conferir: ASENSI, F. D.. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, pp. 33-55, 2010.

No mesmo sentido: POLAKIEWICZ, R. R.; TAVARES, C. M.. Judicialização, Juridicização e mediação sanitária: reflexões teóricas do direito ao acesso aos serviços de saúde. **Revista Pró-UniverSUS**, v. 8, n. 1, 2017.

¹²⁰⁶ Vale registrar que o levantamento de pesquisas ora exposto constitui revisão e aprimoramento de levantamento realizado em pesquisa conjunta com o Professor Roberto Freitas Filho durante disciplina que compôs o doutorado ao qual se refere a presente tese. O trabalho está publicado: SANT'ANA, R. N.; FREITAS FILHO, R.. O direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Direito Público**, v. 12, n. 67, pp. 70-102, maio 2016, pp. 74-76.

¹²⁰⁷ SILVA, E.; ALMEIDA, K. C.; PESSOA, G. S. C.. Análise do gasto com judicialização de medicamentos no Distrito Federal, Brasil. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 6, n. 1, pp. 112-126, 2017.

¹²⁰⁸ ARAÚJO, Filomena Santos de *et al*. Análise da demanda por direito à saúde e as possibilidades de mediação no Tribunal de Justiça de Mato Grosso. In: PINHEIRO, Roseni; MARTINS, Paulo Henrique (Coords.). **Usuários, redes sociais, mediações e integralidade em saúde**. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/LAPPIS, 2011, pp. 185-192.

¹²⁰⁹ SCHWARTZ, G.; SOUZA, A. C.; MONTANARI, L.. O Direito à Saúde e a sua Interpretação na Justiça Estadual na Comarca de Caxias do Sul. In: ASENSI, Felipe *et al* (Coords.). **Direito e Saúde: enfoques interdisciplinares**. Curitiba: Juruá, 2013.

Romero¹²¹⁰, Ramiro Sant'Ana¹²¹¹, Rodrigo Diniz¹²¹², Marina Machado¹²¹³; Miriam Ventura *et al*¹²¹⁴, Silvia Marques e Maria Célia Delduque¹²¹⁵, Tereza Toma *et al*¹²¹⁶, Vieira e Zucchi.¹²¹⁷

Ademais, diversas pesquisas se restringem às demandas judiciais por medicamentos, ainda que o objeto do estudo não seja a assistência farmacêutica em si, mas a judicialização da saúde de forma mais ampla. Exemplos disso são os estudos de Alvaro Ciarlini¹²¹⁸, Carlos Gouvêa¹²¹⁹, Fabrício Medeiros¹²²⁰, Felipe Assensi¹²²¹, Gustavo Amaral¹²²², Octávio Ferraz¹²²³, Sueli Dallari¹²²⁴; e Vírgílio

¹²¹⁰ ROMERO, L. C.. **Judicialização das Políticas de Assistência Farmacêutica**: o caso do Distrito Federal. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília, 2008.

¹²¹¹ SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A Saúde aos Cuidados do Judiciário**: A Judicialização das Políticas Públicas de Assistência Farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, UnB, Brasília, 2009.

¹²¹² DINIZ, R. V.. Controle Judicial de Políticas Públicas de Medicamentos no Superior Tribunal de Justiça: necessidade de critérios objetivos. In: ASENSI, Felipe *et al* (Coords.). **Direito e Saúde: enfoques interdisciplinares**. Curitiba: Juruá, 2013.

¹²¹³ MACHADO, M. A. A. *et al*. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 3, pp. 590-598, jun. 2011.

¹²¹⁴ VENTURA, M. *et al*. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis-Revista de Saúde Coletiva**, v. 20, n. 1, 2010.

¹²¹⁵ DELDUQUE, M. C.; MARQUES, S. B. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. **Tempus Actas de Saúde Coletiva**, v. 5, n. 4, pp. 97-106, 2011.

¹²¹⁶ TOMA, T. S. *et al*. Estratégias para lidar com as ações judiciais de medicamentos no estado de São Paulo. **Cadernos ibero-americanos de direito sanitário**, v. 6, n. 1, pp. 35-54, 2017.

¹²¹⁷ VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P.. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, 2007.

¹²¹⁸ CIARLINI, A. L. de A. S.. **Direito à Saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 39-52.

¹²¹⁹ GOUVEA, C. P. Social Rights Against the Poor. **ICL Journal**, v. 7, n. 4, pp. 454-475, 2013, *passim*.

¹²²⁰ MEDEIROS, F. J. M.. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 79-84.

¹²²¹ ASENSI, F. A.. Judicialização da Saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 91-95.

¹²²² AMARAL, G.. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da prática judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 122-126.

¹²²³ FERRAZ, O. L. M. Brazil: Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health. In: GLOPPEN, Siri. **Litigating Health Rights**: Can Courts Bring more Justice to Health. Cambridge: Harvar University Press, 2011, p. 82.

¹²²⁴ DALLARI, S. G.. O Judiciário e o Direito à Saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 482-483.

Afonso da Silva¹²²⁵. Vale acrescentar, ainda, que é comum que as pesquisas, ao abordarem a judicialização da assistência farmacêutica, deem foco às demandas por medicamentos não previstos nas políticas de assistência farmacêutica. São exemplos os estudos de Ana Chieffi e Rita Barata¹²²⁶, Débora Diniz *et al*¹²²⁷, Luis Felipe Franco¹²²⁸, Higor Pessoa¹²²⁹, Maria Inez Gadelha¹²³⁰ e Sílvia Marques¹²³¹. Daí ser comum considerar-se as demandas por medicamentos não padronizados um exemplo “típico” da ‘judicialização da saúde’.¹²³²

São menos frequentes estudos como os de Fernanda Gomes¹²³³, Janaína Penalva¹²³⁴, Sant’Ana e Freitas¹²³⁵, Tatiane Pereira *et al*¹²³⁶ e Wang *et al*¹²³⁷, que

¹²²⁵ SILVA, V. A. da. Taking from the poor to give to the rich: Individualistic enforcement of social rights, 2011. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.624.9890>. Acesso em: 26 ago. 2017.

¹²²⁶ CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B.. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, pp. 1839-1849, ago. 2009.

¹²²⁷ DINIZ, D *et al*. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, mar 2012, p. 489.

¹²²⁸ FRANCO, L. F. G.. Judicialização da Saúde e a importância do conhecimento da Medicina Baseada em Evidências como ferramenta de constatação dos requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em ações judiciais em que se pleiteiam medicamentos e tratamentos. In: NETO, E. H. S.; CASTRO, G. M. (Coords.). **Direito Sanitário: manifestações atuais e visão crítica de advogados de Estado**. Brasília: Kiron, 2012, pp. 47-60,

¹²²⁹ PESSOA, H. R.. Considerações sobre as decisões judiciais que concedem o fornecimento de medicamento sem o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. In: NETO, E. H. S.; CASTRO, G. M. (Coords.). **Direito Sanitário: manifestações atuais e visão crítica de advogados de Estado**. Brasília: Kiron, 2012, pp. 61-77,

¹²³⁰ GADELHA, M. I. P. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de lei. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 367-374,

¹²³¹ MARQUES, S. B. A Judicialização da saúde e a proposta de regulamentação da integralidade de assistência farmacêutica e terapêutica no Brasil. In: ROMERO, L. C.; DELDUQUE, M. C. (Orgs.). **Estudos de Direito Sanitário: a produção normativa em saúde**. Brasília: Senado Federal, 2011, pp. 143-153,

¹²³² PERLINGEIRO, R.. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 41, pp. 184-203, 2012, p. 186.

¹²³³ GOMES, F. F. C. *et al*. Acesso aos procedimentos de media e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 31-42, jan. 2014.

¹²³⁴ PENALVA, J. **Judicialização do Direito à Saúde: O caso do Distrito Federal**. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

¹²³⁵ SANT’ANA, R. N.; FREITAS FILHO, R.. O direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Direito Público**, v. 12, n. 67, p. 70-102, maio 2016.

¹²³⁶ PEREIRA, T. N. *et al*. Perfil das demandas judiciais para fornecimento de fórmulas nutricionais encaminhadas ao Ministério da Saúde do Brasil. **DEMETRA: Alimentação, Nutrição & Saúde**, v. 9, pp. 199-214, 2014.

¹²³⁷ WANG, D. W. L. *et al*. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública-RAP**, v. 48, n. 5, 2014.

realizam pesquisas empíricas sobre o fenômeno da judicialização para além da assistência farmacêutica.¹²³⁸

Estudos que se dedicaram a realizar revisões sistemáticas da produção acadêmica voltada para a judicialização da saúde também apontam uma acentuada prevalência do foco na assistência farmacêutica: é o caso da pesquisa de Guaraci Bittencourt, que avaliou 35 artigos¹²³⁹ e de Maria Dias¹²⁴⁰, que analisou 25 artigos. Ademais, vale mencionar que Izimara Catanheide *et al*¹²⁴¹ identificaram 53 estudos de natureza empírica em uma revisão sistemática de pesquisas publicadas entre 1988 e 2014 sobre a judicialização do acesso a medicamentos no Brasil.

A existência de toda essa extensão de pesquisa acadêmica, por certo, representa uma resposta a um problema real, pois, de fato, muitas das ações judiciais relacionadas à saúde dizem respeito ao fornecimento de medicamentos. Mas não é apenas isso: o estudo realizado pelo TCU tangencia essa questão quando conclui que há tendência de aumento gradual do número de ações individuais “com foco em **fornecimento de medicamentos e tratamento médico-hospitalar**”¹²⁴², ou seja, existem dois grandes focos de litígios – a assistência farmacêutica e a assistência médico-hospitalar –, e a produção acadêmica se debruça apenas sobre um dos problemas.

¹²³⁸ Merece também menção o estudo de Maria Oliveira que, embora não promova pesquisa empírica, ressalta que a judicialização da saúde vai além da busca por medicamentos. Conferir: OLIVEIRA, M. R. M. et al. Mediação: um meio de desjudicializar a saúde. **Tempus Actas de Saúde Coletiva**, v. 10, n. 1, p. 169-177, 2016, p. 174.

¹²³⁹ BITTENCOURT, Guaraci Bragança. O “Estado da Arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. **Cadernos Ibero-Americanos De Direito Sanitário**, v. 5, n. 1, pp. 102-121, 2016, p. 108.

¹²⁴⁰ DIAS, M. S. A. *et al*. Judicialização da saúde pública brasileira. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 6, n. 2, 2016, p. 137.

¹²⁴¹ CATANHEIDE, I. D.; LISBOA, E. S.; SOUZA, L. P. F. E.. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. **Physis**, vol. 26, n. 4, pp. 1335- 1356, dez. 2016.

¹²⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Relatório, item 92. Julgado em 16/08/2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

Acesso em: 24 ago. 2017.

Tal omissão, por si só, já seria um problema. Há, contudo, um agravante: é exatamente a assistência médico-hospitalar que representa a maior preocupação dos usuários exclusivos do SUS, que, em sua maioria, pertencem às classes populares. É o que aponta pesquisa do IPEA, feito através do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), sobre a percepção dos cidadãos brasileiros acerca dos serviços de saúde.

Os pesquisadores do IPEA identificaram que, entre os cidadãos que utilizam o SUS, a satisfação com a qualidade do serviço de assistência farmacêutica é o segundo mais alto, atrás apenas da satisfação com o atendimento da Estratégia de Saúde da Família. Dentre os entrevistados, 69,6% qualificaram como boa ou muito boa a distribuição gratuita de medicamentos, enquanto apenas 11% a qualificou como ruim ou muito ruim¹²⁴³. De outro lado, os serviços prestados em unidades básicas de saúde e o atendimento de urgência ou emergência dos hospitais obtiveram as menores proporções de qualificações positivas, 44,9% e 48,1%, respectivamente; e a maior proporção de qualificações negativas, 31,1% e 31,4%, respectivamente.¹²⁴⁴

Outro dado importante da pesquisa é a indicação, pelos usuários do SUS, de quais os dois principais problemas do sistema. Os pontos mais mencionados pelo total de entrevistados foram: a falta de médicos (58,1% das respostas) e o excessivo tempo de espera para atendimento (nesse ponto, 35,4% reclamaram da demora em postos de saúde e hospitais, e 33,8% da indicaram a demora em conseguir consulta com especialistas)¹²⁴⁵. **Ou seja, problemas de acesso a medicamentos não estão entre os principais obstáculos aos usuários do SUS, mas sim a dificuldade e a demora em obter atendimento.**

¹²⁴³ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) – Saúde**. Brasília: IPEA, 2011, p. 6. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110207_sipssaude.pdf

Acesso em: 26 ago. 2017.

¹²⁴⁴ Ibidem, p. 6.

¹²⁴⁵ Ibidem, p. 15.

Ao cotejar tal pesquisa do IPEA com o perfil das pesquisas acadêmicas sobre a judicialização da saúde, conclui-se que **há uma desconexão entre o foco da academia e as necessidades de saúde dos usuários do SUS**. Muitas das pesquisas acadêmicas expressam grande preocupação com um eventual prejuízo às classes populares em decorrência da judicialização da saúde, contudo, não dedicam seus esforços a entender as demandas judiciais dos indivíduos desse grupo por assistência e tratamento médico.

Vale destacar, por fim, que pesquisa do perfil de reclamações na Ouvidoria da Prefeitura Municipal de São Paulo realizado por Maristela Martins *et al* encontrou resultado semelhante ao acima exposto. Na oportunidade, as pesquisadoras avaliaram que 28,7% das reclamações se referiam a acesso a exames especializados; 26,8% reclamavam da falta de atendimento digno e respeitoso; 16,6% demandavam consultas. Apenas 2,5% das reclamações se referiam ao acesso a medicamentos¹²⁴⁶. A partir de tais dados, concluíram que os direitos mais requeridos pelos pacientes “referem-se ao acesso a bens e serviços de saúde, o que mostra uma fragilidade no sistema e na organização do atendimento em rede”; bem como a qualidade e humanização dos serviços ofertados.¹²⁴⁷

É nesse desencontro com os anseios das classes populares que os debates acadêmico e institucional se encontram. Ambos seguem focados em entender, criticar e buscar limites para racionalizar o acesso a medicamentos, especialmente aqueles não padronizados. Todavia, ao abraçarem o debate da judicialização da assistência farmacêutica de alto custo, se afastam do que realmente importa para as classes populares, exatamente elas, que sempre são invocadas como beneficiárias das boas intenções dos críticos aguerridos da judicialização.

¹²⁴⁶ MARTINS, M. S. *et al*. Direitos dos pacientes requeridos em um serviço público de ouvidoria. **Northeast Network Nursing Journal**, v. 16, n. 3, 2016, p. 339.

¹²⁴⁷ *Ibidem*, p. 343.

4. Proposta de reorientação do debate institucional e acadêmico sobre a judicialização da saúde

No presente tópico, temos como foco apontar a necessidade de se ampliar e se reorientar o debate acadêmico e institucional sobre a judicialização da saúde no Brasil. A ampliação que propomos é no sentido de alargar o estreito foco sobre as decisões judiciais acerca de medicamentos de alto custo para iluminar o conjunto mais amplo das demandas dos usuários do SUS. A reorientação que sugerimos diz respeito às iniciativas propostas. Atualmente, há uma série de iniciativas voltadas para orientar, racionalizar ou limitar a atuação dos magistrados no que tange às demandas por medicamentos não padronizados, mas praticamente nenhum esforço ou planejamento em âmbito nacional para se imaginar como o sistema de justiça pode contribuir para que o SUS atenda suas promessas não cumpridas, ou seja, para que os princípios constitucionais e as políticas públicas de saúde sejam efetivamente implementadas e os cidadãos tenham acesso à saúde no tempo e forma adequados.

Nossa contribuição para a ampliação do debate se dá a partir da investigação do perfil das demandas que os usuários do SUS levam ao atendimento da Defensoria Pública, instituição responsável pela política de assistência jurídica gratuita no Brasil. Tal estudo tem por principal objetivo ilustrar, com dados institucionais, quais as principais dificuldades de acesso à saúde pelas quais passam os indivíduos das classes populares, para, a partir dessa avaliação, abordar a necessidade de se reorientarem as iniciativas institucionais acerca da judicialização da saúde.

4.1. Contribuições para a reorientação do debate: as demandas mais comuns levadas à Defensoria Pública

São comuns os litígios para obtenção de serviços de saúde disponíveis¹²⁴⁸, mas cujo acesso demanda longa espera por atendimento, o que pode, inclusive,

¹²⁴⁸ BATALHA, Elisa. Filas da saúde: os obstáculos ao acesso de qualidade e os caminhos que garantem o cuidado. **Radis**, Rio de Janeiro, n. 159, dez. 2015, pp. 19-20.

significar diagnóstico tardio ou perda da oportunidade de tratamento. Este aspecto da judicialização da saúde, contudo, carece da atenção dos estudos acadêmicos, conforme argumentamos anteriormente. A mesma tendência se reproduz no âmbito das mais altas instâncias do Poder Judiciário. Buscamos abordagem mais ampla e, assim, tentamos alcançar outras políticas públicas de saúde, além da assistência farmacêutica, bem como as demandas que não chegaram a ser direcionadas ao Poder Judiciário.

Assim, a pesquisa que segue expõe os **dados do atendimento especializado na Defensoria Pública**, nos âmbitos estadual e distrital, em demandas por acesso à saúde pública. Tal perfil de demandas é muito representativo dos problemas que as classes populares enfrentam para obter acesso à saúde, pois é a Defensoria a instituição do Sistema de Justiça com missão específica de prestar serviços aos necessitados, conforme previsão expressa do art. 134 da Constituição Federal.

Os dados expostos a seguir são oriundos das estatísticas institucionais organizadas tanto pela gestão administrativa dos núcleos quanto pelos defensores públicos responsáveis pelo atendimento especializado à saúde. Os dados foram obtidos em contato direto com os defensores públicos responsáveis, pois não estão publicados nem disponíveis em repositórios abertos.

Apresentamos os dados de 2016 das Defensorias Públicas dos estados do Amazonas, Sergipe e Rio de Janeiro, além da Defensoria Pública do Distrito Federal. Quanto à Defensoria Pública do Amazonas, também estão conjugados os dados do primeiro quadrimestre de 2017. Os dados coletados foram reunidos no **Anexo** da presente tese. Durante a pesquisa, foi possível, ainda, acessar dados das Defensorias Públicas de outros estados, contudo, neles não havia distinção clara do perfil das demandas, motivo pelo qual não foi possível realizar sua compilação.

Este estudo encontrou uma série de limitações: a primeira é a forma de indexação dos atendimentos realizados, pois há divergência considerável entre as

instituições. Existem categorias de atendimento em alguns estados que não se fazem presentes em outros ou que utilizam termo diferente para demandas semelhantes (ex.: material e insumo). Ademais, a disponibilidade dos dados varia no âmbito, pois o Rio de Janeiro, o Amazonas e o Distrito Federal possuem dados descritivos sobre o total dos atendimentos; já Sergipe, sobre as demandas que resultaram em ação judicial. Nenhuma das instituições analisadas possui dados com distinção entre demandas por bens ou serviços padronizados ou não padronizados, ou seja, se estão ou não previstos nas políticas públicas, o que seria um dado muito importante.

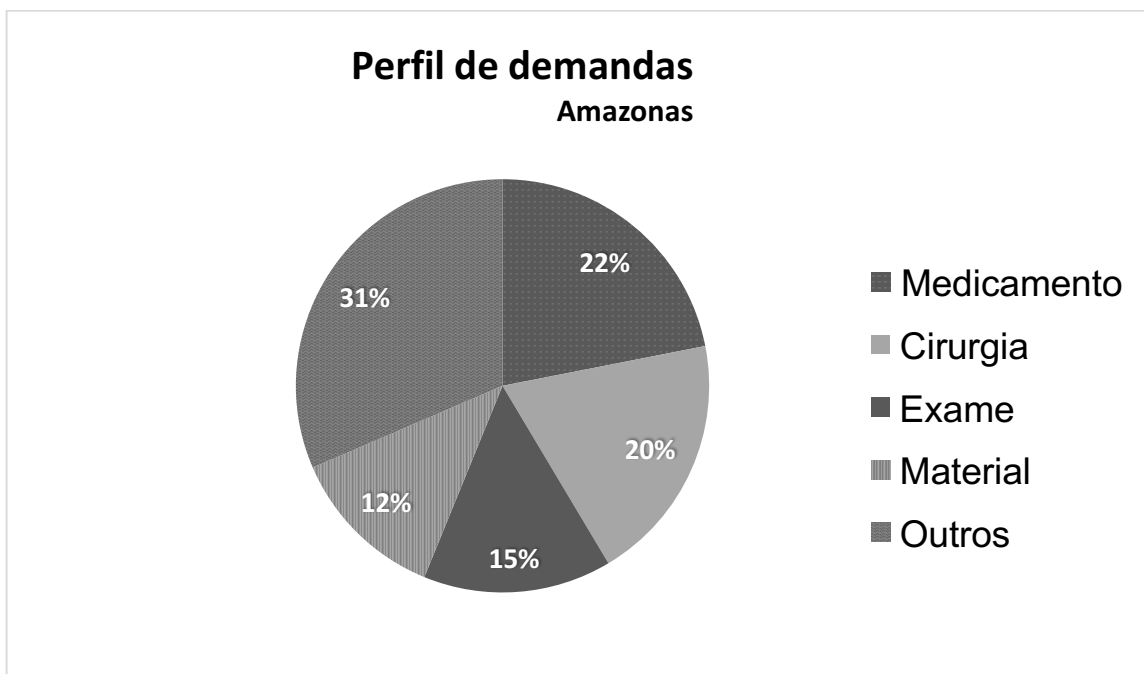
Outra limitação da pesquisa é a quantidade de categorias de atendimento, que pode alcançar até 19 variações – como é o caso do DF –, as quais refletem a complexidade das demandas. Para possibilitarmos alguma comparação entre os dados e a sua visualização nos gráficos, destacamos as quatro categorias mais frequentes no conjunto dos estados – medicamento, cirurgia, material (insumo) e exame. Os demais tipos de demandas indexadas foram agrupados na categoria “outros”, mesmo que, em determinada defensoria, tenham sido mais representativas. Nesse ponto, privilegiou-se a comparabilidade entre as instituições em detrimento do detalhamento individual.¹²⁴⁹

Iniciamos a exposição dos dados pela atuação especializada em saúde da Defensoria Pública do Estado do **Amazonas** (DPE-AM), cujo atendimento principal é voltado à saúde pública. A demanda contra planos privados é residual e a análise dos dados indica 251 cidadãos atendidos em 2016 e no primeiro quadrimestre de 2017. A demanda mais frequente foi por medicamentos: foram 55 casos, o que representa aproximadamente 22% do total; a segunda mais frequente foi a demanda por cirurgias (49 casos, 20%); a terceira, “outros procedimentos”, diversos de cirurgia (47 casos, 19%); a quarta, exames (37 casos, 15%); e a quinta, materiais (31 casos, 12%). O gráfico 2 permite melhor visualização da representatividade de

¹²⁴⁹ O conjunto das limitações apontadas demonstra a premente necessidade de uniformização administrativa da indexação do atendimento realizado pela Defensoria Pública no território nacional. Tal desarticulação dificulta e prejudica sobremaneira a avaliação institucional e a produção acadêmica sobre a atuação da referida instituição no âmbito da saúde pública.

cada demanda. Já na categoria “outros”, foram incluídas as demandas por “outros procedimentos”, bem como todas as demais categorias de indexação¹²⁵⁰.

Gráfico 2 – Perfil de demandas na Defensoria Pública do estado do Amazonas



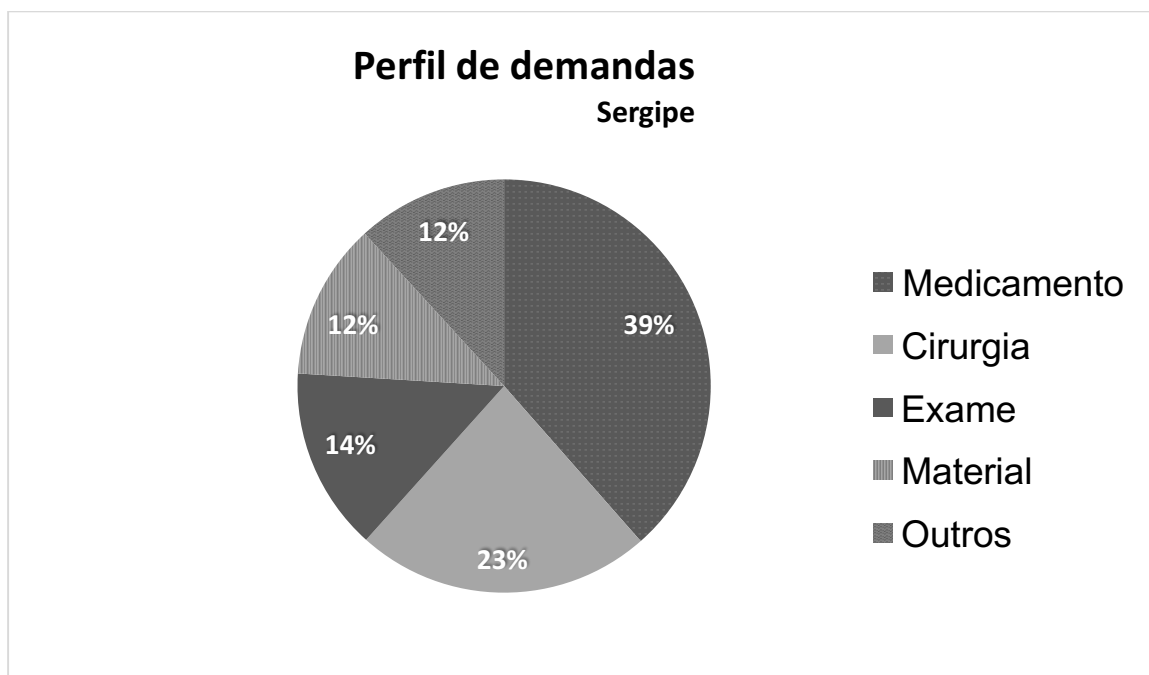
A Defensoria Pública do Estado de **Sergipe** (DPE-SE), por sua vez, possui núcleo de atendimento especializado em saúde pública. A análise dos dados indica 814 cidadãos atendidos em 2016; contudo, não está especificado o perfil das demandas que foram resolvidas extrajudicialmente (81 casos). Assim, o universo de análise é das 733 demandas que resultaram em ações judiciais¹²⁵¹. A demanda mais frequente foi por medicamentos: 258 casos, o que representa aproximadamente 39% do total. A segunda mais frequente foi por cirurgias (155 casos, 23% do total); A terceira, exames (96 casos, 14%); a quarta, material (82 casos, 12%); a quinta, suplementos alimentares (58 casos, 8%). O gráfico 3 permite

¹²⁵⁰ Exibição de prontuário (9 casos), nutrição (8), consulta (5), TFD (5), saúde mental (4), internação (3).

¹²⁵¹ Vale destacar que a baixa resolutividade extrajudicial das demandas por saúde levadas à Defensoria Pública de Sergipe teve sua tendência alterada em 2017 pela implementação do projeto Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. Como os dados analisados foram apenas os de 2016, este estudo não reflete esse novo arranjo institucional desenvolvido.

melhor visualização da representatividade de cada demanda. Já, na categoria “outros”, foram incluídas as demandas por “suplementos alimentares”, bem como todas as demais categorias de indexação.¹²⁵²

Gráfico 3 – Perfil de demandas na Defensoria Pública do estado de Sergipe



A Defensoria Pública do Estado do **Rio de Janeiro** (DPE-RJ) participa de arranjo institucional inovador, denominado Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS)¹²⁵³, o qual também é integrado pela gestão do SUS (federal, estadual e municipal), a Defensoria Pública da União, a Procuradoria-Geral (do Estado e do município) e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A CRLS tem por objetivo promover o atendimento de partes assistidas pela Defensoria Pública que buscam acesso aos bens e serviços de saúde pelo SUS e tem por foco a solução administrativa das demandas para a promoção do acesso da população atendida.

¹²⁵² Quimioterapia e radioterapia (25 casos), internação compulsória (21), UTI (19) e TFD (19).

¹²⁵³ A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde - CRLS foi criada por intermédio de Termo de Convênio n.º 003/0504/2012, celebrado em 12/6/2012 pela União, pelo estado do Rio de Janeiro, pelo município do Rio de Janeiro e pelas seguintes instituições: Secretaria de Estado de Saúde, Secretaria Municipal de Saúde, Defensoria Pública Estadual, Defensoria Pública da União, Tribunal de Justiça do Estado, Procuradoria-Geral do Estado, Procuradoria Geral do Município.

Por ser uma experiência institucional avançada¹²⁵⁴, a CRLS já possui avaliação consolidada de sua atuação, motivo pelo qual os dados abaixo descritos apenas reproduzem o relatório de atividades referente a 2016, os quais, inclusive, já são apresentados no formato de percentuais. Os dados de 2016 indicam 13.644 cidadãos e um total de 19.540 produtos demandados. O universo de análise é bem amplo, pois representa o perfil daquilo que, em primeira mão, foi demandado pelos cidadãos, e não apenas o que foi instrumentalizado em uma ação judicial. Tal fato é muito significativo, pois 53,82% das demandas em 2016 foram resolvidas extrajudicialmente no âmbito da CRLS, ou seja, voltar o olhar para o total do que foi demandado – e não apenas o que chegou ao Judiciário – mais do que dobra o âmbito de análise dos litígios em saúde.

Entre as demandas levadas à CRLS, a mais frequente foi por medicamentos: foram 47,3% do total. A segunda mais frequente foi a demanda por exames (11,2% do total); A terceira, foram as consultas (10,7%), cujo mesmo percentual foi alcançado pelas demandas por insumos, os quais aparecem no gráfico abaixo como “material”; Por fim, a quinta demanda mais frequente foi por cirurgias (5,3%). O gráfico 4 permite melhor visualização da representatividade de cada demanda. Na categoria “outros” foram incluídas as demandas por “consultas”, bem como todas as demais categorias de indexação¹²⁵⁵.

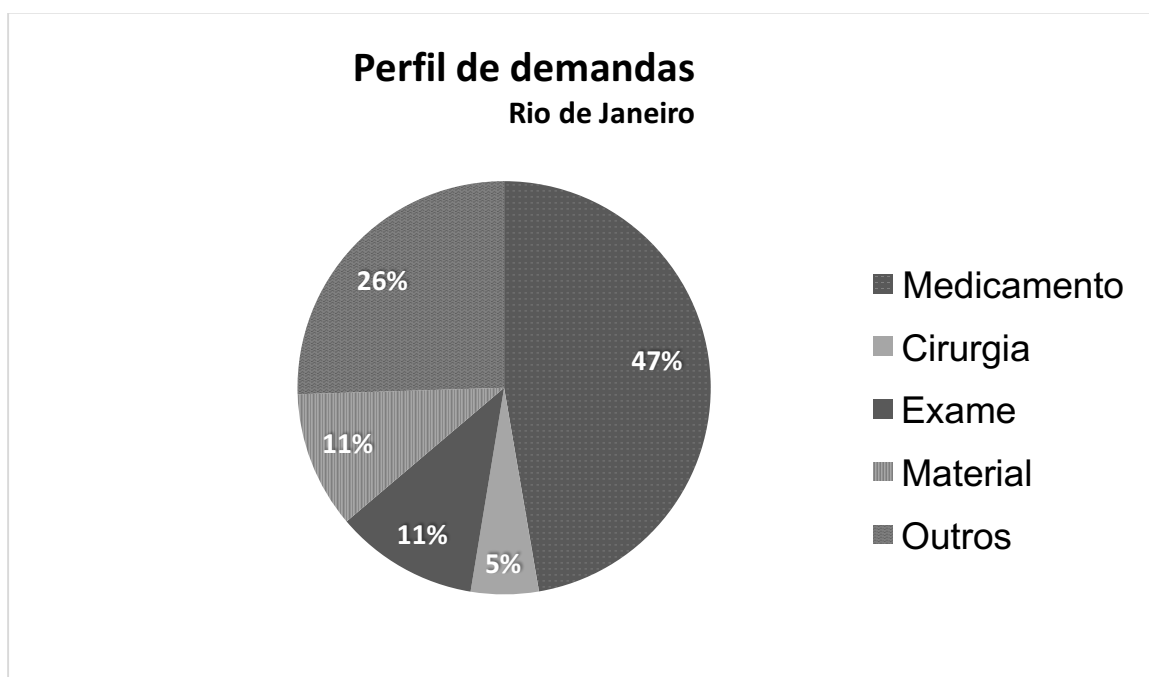
¹²⁵⁴ Para informações detalhadas sobre a CRLS, conferir a descrição feita na oportunidade de sua inscrição no Prêmio Innovare de 2014, disponível em:

<http://www.premioinnovare.com.br/praticas//camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls--114>

Acesso em: 08 jun. 2017.

¹²⁵⁵ Transferência (3,4%), transporte (2,5%), alimento infantil (1,7%), tratamento (1%), suplemento (0,9%), Casa de Apoio (0,2%), cosmético (0,2%), PADI (0,1%) e TFD (0,1%).

Gráfico 4 – Perfil de demandas na Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro

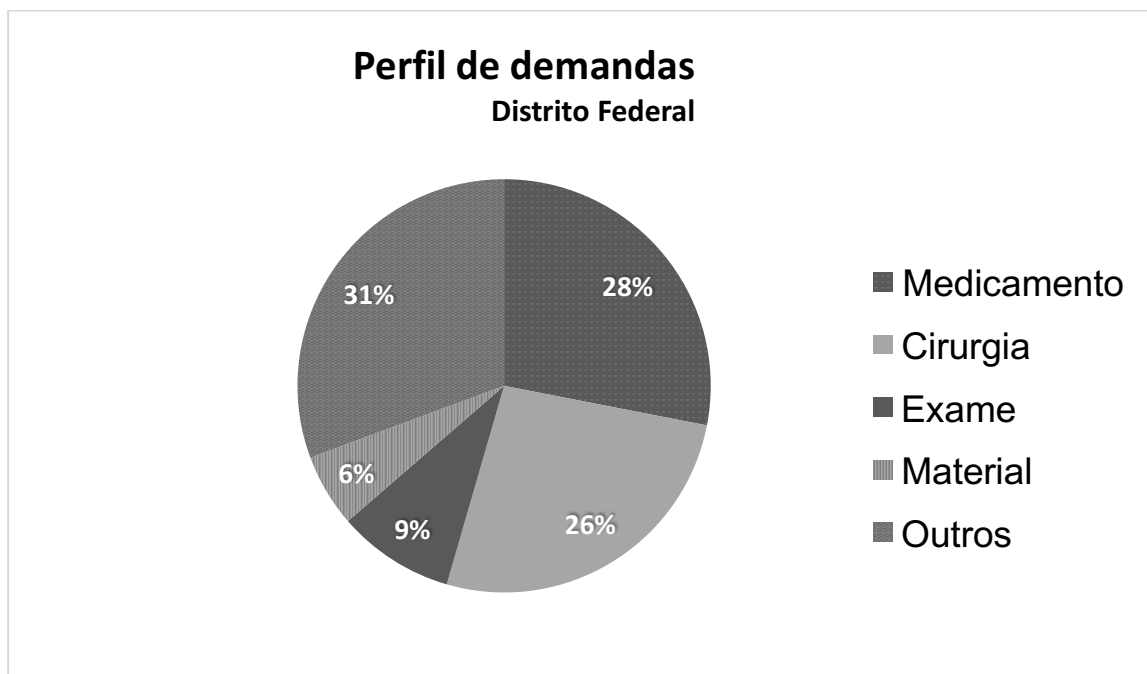


A Defensoria Pública do **Distrito Federal** (DPDF) também possui núcleo de atendimento especializado em saúde pública. A análise dos dados indica 21.435 cidadãos atendidos em 2016, contudo, não está especificado o perfil das demandas nas indexações “teleatendimento” (2.231 atendimentos), “orientação” (2.576) e “descumprimento” (588), de forma que o total de atendimentos com identificação do tipo de demanda é de 16.040 demandas.

Conforme já observado na Defensoria Pública do Rio de Janeiro, o universo de análise é bem amplo, pois representa o perfil do que foi demandado pelos cidadãos, e não apenas o que foi levado a juízo. A demanda mais frequente, no DF, foi por medicamentos: foram 4.502 casos, o que representa aproximadamente 28% do total; a segunda mais frequente foi por cirurgias (4.237 casos, 26% do total); a terceira, radioterapia (1.529, 10%); a quarta, exames (1.469, 9%); a quinta, UTI (1.078, 7%); a sexta, consultas (1.077, 7%); e a sétima, demanda por material (917 casos, 6%). O gráfico 5 permite melhor visualização da representatividade de cada

demanda. Na categoria “outros” foram incluídas as demandas por “radioterapia”, “UTI” e “consulta”, bem como todas as demais categorias de indexação¹²⁵⁶.

Gráfico 5 - Perfil de demandas na Defensoria Pública do Distrito Federal



Os resultados acima expostos permitem afirmar que a demanda por medicamentos, embora individualmente seja a mais volumosa, em nenhuma instituição representa a maioria dos atendimentos ou ações ajuizadas (47% - DPE-RJ, 39% DPE-SE, 28% - DPDF, e apenas 22% na DPE-AM). Assim, apesar de importante, a demanda por assistência farmacêutica não prepondera sobre os demais serviços que compõem a assistência médico-hospitalar.

A análise dos dados permite afirmar que os cidadãos das classes populares têm uma variedade muito mais ampla de necessidades, com especial dificuldade para acessar serviços de cirurgia, realização de exames ou obtenção de materiais/insumos. O detalhamento dos contextos locais também permite identificar frequente dificuldade de acesso a consultas (especialmente no RJ e DF), ao tratamento de Radioterapia (DF e AM), alimentação especial (SE e RJ), acesso a

¹²⁵⁶ Internação psiquiátrica (648 casos), Home Care (193), atendimento psicossocial (165), internação hospitalar (105), câmara hiperbárica (57), TFD (25), fisioterapia (20) e odontologia (18).

transporte/TFD (todos), entre outros. Deve-se observar, ainda, que **os dados obtidos sobre medicamentos não fazem distinção entre as demandas por acesso a tratamentos não incorporados pelo SUS e aquelas que estão previstas nas políticas públicas** (listas oficiais de medicamentos, protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas) e que, portanto, são fruto do desabastecimento das farmácias do SUS.

Em suma, o estudo do perfil de atendimentos realizado pela Defensoria Pública em várias unidades da Federação permite afirmar que **a ampla maioria dos atendimentos são relacionados a serviços e produtos que fazem parte da rotina de atendimentos das redes de atenção à saúde**, ou mesmo a produtos não relacionados à assistência farmacêutica (materiais, alimentação especial).¹²⁵⁷

4.2. A necessidade de reorientação do debate institucional e acadêmico

Os dados expostos dão suporte à nossa afirmação de que não se pode tomar a judicialização da saúde apenas pelo reduzido foco das demandas por medicamentos não padronizados. Isso porque as barreiras de acesso aos serviços médico-hospitalares do SUS perfazem a parte mais significativa das demandas levadas ao sistema de justiça, afirmação que contraria a maior parte da produção acadêmica e dos debates institucionais sobre a judicialização da saúde. A assertiva, contudo, se confirma tanto em dados empíricos, como o acima exposto, quanto na avaliação do contexto mais amplo dos problemas centrais do SUS: injustiça no acesso à saúde e comprometimento do modelo público pela adoção de políticas econômicas e regulatórias contraditórias.¹²⁵⁸

Merece menção o volume relativamente pequeno de demandas por “Terapia Intensiva – UTI”. Uma possível razão para esse achado é o elevado número de atendimentos que tal tratamento de emergência recebe em regime de plantão, tanto pela Defensoria Pública quanto pelo Judiciário. Dessa forma, os dados das defensorias especializadas em saúde, nesse ponto, não refletem a realidade do grande volume de atendimento que é comum se observar na prática institucional, conforme inclusive identificado por estudo do TCU. Conferir: BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Relatório, item 333. Julgado em 16/08/2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

Acesso em: 24 ago. 2017.

¹²⁵⁸ Vale destacar que resultados semelhantes são encontrados em outros países, como a Colômbia, onde aproximadamente 70% das tutelas postuladas dizem respeito a serviços que estão previstos

Conforme destacamos nos Capítulos I e II desta tese, os sistemas nacionais de saúde, como o SUS, têm, reiteradamente, enfrentado dificuldades em ofertar serviços mais especializados e com uso mais intensivo de tecnologia: consultas a especialistas, internações de caráter eletivo e serviços de apoio ao diagnóstico e à terapêutica. Este espaço de precarização dos serviços públicos coincide com os serviços ofertados pela cobertura duplicada dos seguros e planos de saúde. Assim, os beneficiados no esquema segmentado resultante do *apartheid* da saúde no Brasil têm seu acesso à assistência médico-hospitalar garantido, contudo, grande parte dos usuários do SUS tem de enfrentar deficiências de estrutura das unidades de saúde, insuficiência de médicos, falta de vagas, filas sem fim, atendimento demorado, acesso privilegiado de pessoas de outras classes sociais, dificuldade em dialogar com os profissionais de saúde, etc. É para enfrentar esses obstáculos que muitos indivíduos das classes populares buscam a tutela do sistema de justiça, contudo, o que se tem debatido e realizado no âmbito institucional e acadêmico ainda é muito pouco para, ao menos, ajudar a transformar em realidade a legítima expectativa do cidadão de receber do SUS, com qualidade e eficiência, o que está prometido em suas políticas públicas.

Tal percepção, vale ressaltar, **não invalida o mérito de todas as iniciativas para racionalizar e criar critérios** para a análise das milhares de ações judiciais por medicamentos e outros produtos não incorporados ao SUS. Lidar com o avanço da ciência e da tecnologia tem sido o maior desafio das agências governamentais¹²⁵⁹, e na saúde esse dilema se reproduz de forma muito clara. Os impactos da judicialização por novas tecnologias na seara da assistência farmacêutica, embora estejam longe de comprometer a estrutura do sistema, têm distorções que devem ser corrigidas, afinal, não há como oferecer “tudo a todos” ou

para fornecimento regular. Conferir: YAMIN, A. E.. Promoting equity in health: What role for courts? **Health & Human Rights**, v. 16, n. 2, 2014, p. 3.

¹²⁵⁹ KINNEY, E. D. Administrative law and the public's health. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 30, n. 2, p. 212-223, 2002, p. 218.

mesmo “oferecer a todos a assistência médica que os mais ricos dentre nós podem comprar para si”.¹²⁶⁰

Exemplo evidente das mencionadas distorções é a concentração de gastos pelo Ministério da Saúde em um rol diminuto e específico de medicamentos não incorporados ao SUS. Estudo técnico do TCU ilustra esse problema ao apontar que, no período de 2010 a 2015, aproximadamente 54% (R\$ 1,49 bilhão) do valor gasto pelo Ministério da Saúde se deu para cumprimento de ordens judiciais referentes a compra de apenas três medicamentos (Elapraxe®: idursulfase; Naglazyme®: galsulfase; e Soliris®: eculizumabe).¹²⁶¹

Ocorre que, novamente, vale o cuidado de não tomar o todo pela parte. **Três ressalvas, a seguir expostas, são importantes**, mesmo quando nos voltamos apenas para o debate da judicialização da assistência farmacêutica.

A **primeira** ressalva é quanto à significativa judicialização de medicamentos que, apesar de padronizados para uso no SUS, não são fornecidos aos pacientes. Como destaca João Biehl, apesar da qualidade das políticas públicas de assistência farmacêutica, muitos brasileiros que afluem às farmácias públicas se deparam com a situação de medicamentos essenciais fora de estoque¹²⁶². Esse problema de gestão foi identificado no estudo técnico do TCU, que esclarece que “as secretarias estaduais e municipais de saúde fiscalizadas reportaram a ocorrência de significativa judicialização de itens que deveriam ser fornecidos regularmente pelo SUS”.¹²⁶³

¹²⁶⁰ DWORKIN, R.. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 431.

¹²⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Relatório, item 182. Julgado em 16/08/2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

Acesso em: 24 ago. 2017

¹²⁶² BIEHL, J.. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health and Metamorphosis of Biopolitics. **Lua Nova**, n.98, pp.77-105, 2016, p. 89-90.

¹²⁶³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Relatório, item 231. Julgado em 16/08/2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

Acesso em: 24 ago. 2017

A mesma falha foi destacada na pesquisa de Catanheide *et al*, que, após revisão de 53 estudos empíricos sobre o tema, conclui que “os medicamentos pertencentes aos componentes da assistência farmacêutica do SUS estão presentes de modo significativo nas ações judiciais, mas há um predomínio de medicamentos que não fazem parte das listas oficiais”¹²⁶⁴. Na referida revisão, foram encontrados desde estudos que identificaram proporção de apenas 37,7% de medicamentos não padronizados entre os pedidos em ações judiciais até estudos que encontraram a alta proporção de 77,5%.¹²⁶⁵

Nesse sentido, vale lembrar que o precedente da STA 175 julgada pelo STF reconhece a importância do acesso à justiça para se garantir o que está previsto nas políticas públicas, e tal entendimento, conforme destacamos, tende a ser mantido no julgamento dos REs 566.471/RN e 657.718/MG. Nesse sentido, ao proferir seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso consignou que, no caso de ação judicial por medicamento incorporado pelo SUS, não resta dúvida quanto à obrigação de o Estado fornecê-lo a quem postula, pois, “em tais circunstâncias, a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do SUS”¹²⁶⁶. Nesses casos, portanto, não há qualquer razão para afirmar que a judicialização por medicamentos é desestruturante, ilegítima ou decorre de algum privilégio em desfavor dos pobres, pelo contrário, representa instrumento de garantia individual para o cidadão e aponta, para o gestor da saúde e para o sistema de justiça, possível problema de âmbito coletivo a ser sanado.

A **segunda** ressalva diz respeito às próprias ações que demandam medicamentos não padronizados, especialmente aqueles de alto custo. As ordens judiciais para fornecimento de medicamentos dessa natureza são o pilar central de todo o conjunto de críticas construídas em desfavor da atuação do sistema de

¹²⁶⁴ CATANHEIDE, I. D.; LISBOA, E. S.; SOUZA, L. P. F. E.. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. **Physis**, v. 26, n. 4, pp. 1335- 1356, dez. 2016, p. 1349.

¹²⁶⁵ Ibidem, p. 1348.

¹²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial**. Brasília, 28 set. 2016. Imprensa. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275> Acesso em 27 ago 2017.

justiça, tanto que, mesmo existindo precedente do STF sobre a questão, a gestão do SUS pressiona a referida Corte por novo pronunciamento, com caráter vinculante. Nesse contexto, são comuns as assertivas de que o ativismo judicial¹²⁶⁷ ou mesmo o “modelo brasileiro de judicialização”¹²⁶⁸ prejudica o sistema de saúde. A ressalva necessária é que muitos dos críticos se esquecem de que a judicialização é apenas uma engrenagem do complexo constructo que atualmente se tornou a assistência farmacêutica e de sua relação com os sistemas de saúde.

A produção de drogas de alto custo, especialmente para as “doenças órfãs”, se tornou um foco da indústria farmacêutica. A produção dessas drogas ganhou muita força a partir do *Orphan Drug Act*, instituído nos EUA em 1983. Desde então, esse mercado tornou-se extremamente relevante para as indústrias farmacêuticas e, em 2008, já representava 61% das receitas com vendas de produto das 6 maiores companhias farmacêuticas do mundo¹²⁶⁹. Juntamente ao aumento da importância que os “medicamentos de alto custo” passaram a representar, o próprio conceito de saúde pública sofreu mudanças, passando a ser entendida menos como prevenção e cuidados primários e mais como acesso a medicamentos e terceirização de cuidados comunitários¹²⁷⁰. Ou seja, a saúde pública tem se tornado cada vez mais “medicamentalizada” e privatizada.¹²⁷¹

Nesse cenário, que combina expansão da produção e ofertas de drogas – de alto custo – para doenças raras com mudança no perfil da saúde pública, o Brasil se tornou um ator importante na “política farmacêutica global”¹²⁷². Assim, ofereceu

¹²⁶⁷ Como exemplo, conferir: SILVA, V. A. da. Taking from the poor to give to the rich: Individualistic enforcement of social rights, 2011, p. 14-15. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.624.9890>.

Acesso em: 26 ago. 2017.

¹²⁶⁸ FERRAZ, O. L. M. Brazil: Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health. In: GLOPPEN, Siri. **Litigating Health Rights: Can Courts Bring more Justice to Health**. Cambridge: Harvar University Press, 2011, p. 100.

¹²⁶⁹ MAZZUCATO, M. **The Entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths**. Nova Iorque: PublicAffairs, 2015, pp. 87-88.

¹²⁷⁰ BIEHL, J. **Will to live: AIDS therapies and the politics of survival**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007, p. 10-13.

¹²⁷¹ Idem. The judicialization of biopolitics: Claiming the right to pharmaceuticals in Brazilian courts. **American Ethnologist**, v. 40, n. 3, pp. 419-436, 2013, p. 424.

¹²⁷² Idem. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health and Metamorphosis of Biopolitics. **Lua Nova**, n.98, pp.77-105, 2016., p. 79.

terreno fértil para a expansão das alternativas, muitas vezes imprevisíveis, que as pessoas buscam para obter tratamentos de saúde do Estado ou do mercado¹²⁷³. Dessa forma, o Brasil – onde aproximadamente 60 milhões de pessoas fazem uso diário de medicamentos – tem se tornado um mercado rentável e em franco crescimento.¹²⁷⁴

Ocorre que a gestão do SUS tomou muito tempo até organizar o processo de avaliação e incorporação de novas tecnologias por intermédio da Lei 12.401 e do Decreto 7.646, ambos de 2011, e quando o fez, conforme destacamos, foi como reação à judicialização da saúde. Apenas para comparação, o equivalente à CONITEC na Inglaterra, o *National Institute for Health and Care Excellence* (NICE) foi criado em 1999¹²⁷⁵, ou seja, 12 anos antes. Vale lembrar que, em 1999, a judicialização da saúde no Brasil ainda engatinhava com as primeiras demandas pelo estabelecimento de uma política de assistência terapêutica anti-AIDS.

Ademais, merece também destaque a histórica omissão do SUS em relação às doenças raras, que apenas receberam tratamento sistemático em 2014, com a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras (Portaria nº 199/2014). Em verdade, para os brasileiros com doenças raras, o acesso à justiça, por vezes, é a única alternativa existente para ter acesso a qualquer tratamento, tendo em vista a inexistência de PCDTs para várias dessas doenças.

Em suma, tentar atribuir a causa primeira das distorções advindas da judicialização da saúde ao Judiciário, aos advogados privados, ao modelo brasileiro de judicialização ou ao “ativismo judicial despreparado”¹²⁷⁶ é simplificar um problema complexo. Felizmente, a visão estreita sobre a questão não tem impedido

¹²⁷³ Ibidem, p. 79.

¹²⁷⁴ Ibidem, p. 91

¹²⁷⁵ Sobre a criação do NICE e sua influência na judicialização da saúde no contexto nacional, conferir: WANG, D. W. L.. **Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?** the judicial review of rationing decisions in brazil and England. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Econômicas) - London School of Economics, Londres, 2013, *passim*.

¹²⁷⁶ SILVA, V. A. da. Taking from the poor to give to the rich: Individualistic enforcement of social rights, 2011, p. 15. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.624.9890>. Acesso em: 26 ago. 2017.

a formulação de diversas alternativas institucionais para a resolução dos problemas que a judicialização de medicamentos não padronizados oferece.

A **terceira** e última ressalva diz respeito às diversas iniciativas em curso para racionalizar e qualificar a atuação do sistema de justiça no que tange às demandas não contempladas nas políticas públicas do SUS. Várias delas já foram mencionadas em tópicos anteriores desta tese e têm a ver com a atuação do Conselho Nacional de Justiça: i) a criação das assessorias técnicas aos magistrados (NAT-JUS) nos Tribunais estaduais e Federais (Recomendação 31/2010 e Resolução 238/2016); ii) a especialização de Varas de Fazenda Pública para o julgamento da matéria de saúde pública (Resolução 238/2016, art. 3º); iii) a criação de sítio eletrônico para amplo acesso a pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde, a ser mantido pelo CNJ ou pelos próprios Tribunais (Resolução 238/2016, art. 2º); iv) termo de cooperação entre o CNJ e o Ministério da Saúde para fornecimento de recursos e meios técnicos para subsidiar as decisões dos magistrados.

Além das iniciativas acima mencionadas, há um amplo conjunto de medidas recomendadas pelo Tribunal de Contas da União ao Ministério da Saúde voltadas à “melhoria do controle administrativo sobre as ações judiciais referentes à saúde, bem como da eficiência, eficácia e economicidade dos procedimentos adotados para tratar o problema dos crescentes gastos com a judicialização da saúde”¹²⁷⁷. Trata-se de um conjunto de 20 medidas, várias delas direcionadas a corrigir distorções e gastos desnecessários com a compra de medicamentos determinados por ordem judicial. Ademais, há ainda importante iniciativa de recomendar ao Conselho Federal de Medicina e aos Conselhos Regionais de Medicina a

¹²⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Acórdão 1787/2017, itens 9.1 a 9.3. Julgado em 16/08/2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

Acesso em: 24 ago. 2017

fiscalização da atividade de prescrição médica de medicamentos não registrados na ANVISA para uso *off-label*, ou seja, fora do uso previsto na bula do remédio.¹²⁷⁸

Após essa ampla exposição, é correto concluir que **há um conjunto muito amplo de esforços em prol da limitação do acesso, pela via judicial, aos tratamentos não previstos no SUS**. Conforme destacamos, existem diversas iniciativas institucionais, ampla produção acadêmica, e, em breve, novas diretrizes jurisprudenciais vinculantes serão apresentadas ao sistema de justiça. É razoável, assim, pressupor que os gastos nos âmbitos federal, estadual e municipal, com o cumprimento de ordens judiciais, mudem sua trajetória de crescimento e, até, se reduzam, como já ocorreu no estado de Minas Gerais e, mais recentemente, no estado do Rio Grande do Sul.¹²⁷⁹

A constatação de que muito está sendo realizado para racionalizar o acesso ao que não está previsto nas políticas públicas contrasta com a falta de articulação de iniciativas institucionais para viabilizar ao cidadão aquilo que já está previsto nessas políticas, mas que ele não consegue acessar. **Nesse ponto reside nossa proposta de redirecionamento do debate acadêmico e institucional: devemos nos voltar para a imaginação e construção de alternativas para atender às necessidades das pessoas**. Para limitar os “excessos”, muito já foi e está sendo realizado.

A análise jurídica sobre o fenômeno da judicialização da saúde não pode se restringir a criar critérios ou, na melhor das hipóteses, ferramentas para que os juízes decidam melhor os pedidos de acesso a tratamentos não incorporados ao SUS. Como nos recorda Ronald Dworkin, “o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso

¹²⁷⁸ Ibidem, item 9.4 *et seq.*

¹²⁷⁹ Os gastos com cumprimentos de ordens judiciais no Rio Grande do Sul, que apresentavam série histórica de altas consecutivas, foram reduzidos de 324 milhões, em 2015, para 275 milhões, em 2016. Conferir: CIEGLINSKI, Thaís. Justiça gaúcha reduz gastos com demandas sobre saúde. **Agência CNJ de Notícias**. Brasília, CNJ, 19 abr. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84643-justica-gaucha-reduz-17-os-gastos-com-judicializacao-da-saude>

Acesso em: 28 ago 2017.

no interesse daqueles que têm tais direitos”¹²⁸⁰. O foco deve mudar da criação de limites e critérios hermenêuticos para a imaginação de formas de o sistema de justiça colaborar para que os cidadãos tenham acesso aos tratamentos e serviços que o sistema de saúde oferta ou deveria ofertar.

Nesse processo de busca por garantia de direitos, quanto melhor for a mediação que se puder estabelecer entre, de um lado, as necessidades e expectativas dos cidadãos e, de outro, os recursos e estrutura disponíveis no SUS, mais proveitosa será a judicialização da saúde. Logo, para contribuir de forma plena para a resolução dos litígios por saúde, é importante que a imaginação de alternativas se dê para além do processo judicial, tendo em vista as limitações da atividade adjudicativa, conforme argumentamos no item 2.3 do presente capítulo.

À percepção dos limites da atividade jurisprudencial somamos, a partir do exposto no presente tópico, a avaliação de que também o debate institucional e acadêmico está enviesado e limitado. A análise jurídica sobre a judicialização da saúde precisa ser reorientada àquilo que é a sua vocação: dirimir conflitos e garantir direitos, e fazer isso para interesse das pessoas, e não do “sistema” em si ou do mercado.

Encerramento do capítulo

A judicialização da saúde alcançou grande expressão no cenário nacional, tanto na gestão do sistema de saúde, quanto na cena jurídica. As autoridades do Poder Executivo têm defendido que o crescente número de ações tem forte impacto negativo sobre a gestão administrativa e orçamentária do sistema de saúde. A produção acadêmica tem endossado esse posicionamento crítico à judicialização e, para essa finalidade, é comum a reprodução do discurso sobre a elitização do perfil dos litigantes em prejuízo da população mais vulnerável. Esse cenário, conforme destacamos, conduziu a um novo momento de inflexão no debate sobre a judicialização da saúde, cuja principal expressão atual tem sido o julgamento de

¹²⁸⁰ DWORKIN, R.. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 465.

Recursos Extraordinários no Supremo Tribunal Federal para a fixação de limites e critérios vinculantes para a judicialização da assistência farmacêutica.

A definição de critérios interpretativos que vinculem a magistratura nacional, todavia, é uma forma muito limitada de se orientar a judicialização da saúde. Isso porque, de um lado, depende da conjugação de tais critérios com inovações institucionais na interface entre saúde e justiça e, de outro, deixa intocado o problema principal dos usuários do SUS, que é a dificuldade de acesso aos serviços e tratamentos previstos nas políticas públicas.

A primeira limitação acima apontada tende a ser superada, pois diversas iniciativas institucionais por parte do Conselho Nacional de Justiça, Ministério da Saúde, Tribunal de Contas da União, entre outras instituições, tem sido endereçadas à racionalização do acesso a medicamentos não padronizados pela via judicial. O sistema de justiça tem se transformado¹²⁸¹ para melhor responder às demandas de saúde: organização do Fórum da Saúde, criação dos NAT-JUS, especialização de Varas, capacitação de servidores, etc. A conjugação de estabelecimento critérios interpretativos com novos arranjos institucionais já apresenta resultados de diminuição do impacto financeiro em estados como Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

A segunda limitação, contudo, permanece. O amplo esforço para organizar o acesso a novas tecnologias farmacêuticas contrasta com a omissão quanto à garantia do acesso aos tratamentos e serviços de eficácia reconhecida e incorporados às políticas públicas de saúde. Conforme destacamos, a maioria das demandas dos cidadãos usuários do SUS, especialmente daqueles que integram as classes populares, diz respeito a exclusão ou a demora no acesso ao que deveria estar disponível no sistema, mas não está. Isso se observa no desabastecimento das farmácias do SUS, na demora para agendamento de consultas e cirurgias, na falta de vagas nas UTIs, na indisponibilidade de exames, etc. Para esta segunda

¹²⁸¹ Nesse sentido, conferir: WANG, D. W. L.. **Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?: the judicial review of rationing decisions in brazil and England**. 2013. Tese – London School of Economics, Londres, 2013, p. 98 e 102.

limitação que as instituições e a academia devem voltar sua atenção, de forma a imaginar possíveis alternativas para assegurar efetivo acesso à saúde aos cidadãos das classes populares.

Nesse sentido, vale lembrar o importante desafio que o profícuo debate na audiência pública no STF nos sugeriu: como a judicialização pode ser transformada em instrumento de inclusão e acesso à saúde sem servir a mercantilização do sistema de saúde brasileiro? Com tal desafio em mente, nos voltamos doravante ao mapeamento e crítica das iniciativas existentes, de forma a, no passo seguinte, colaborar na formulação de um conjunto de iniciativas para pensar “qual judicialização” devemos construir para garantir nosso direito à saúde.

CAPÍTULO V

EXPERIMENTALISMO E IMAGINAÇÃO EM PROL DO ACESSO À SAÚDE: PROPOSTAS DE AVANÇO INSTITUCIONAL

Ao descrever uma característica essencial da psicologia da esperança, São Paulo nos aconselhou a usar coisas pequenas para quebrar as grandes. Pois a esperança é mais a consequência da ação do que sua causa. Assim como a experiência do espectador favorece o fatalismo, a experiência do agente produz a esperança.

(Cornel West e Roberto Mangabeira Unger, 1999)

Ao longo desta tese apontamos que a injustiça no acesso é o problema mais grave de nosso sistema de saúde. A partir dessa percepção, argumentamos que utilizar o acesso à justiça para lutar pelo acesso à saúde não pode ser considerado um ato que reforça desigualdades ou desestrutura o SUS.

A impressão negativa sobre a judicialização, todavia, tem sido predominante em âmbito institucional e acadêmico, e o resultado é que a imaginação de alternativas para ela se restringiu à criação de limites e critérios para o acesso a novas tecnologias. A preocupação é válida, mas muito estreita para guiar qualquer pretensão transformadora da realidade injusta da saúde pública brasileira. Para que a judicialização da saúde possa contribuir para o escopo maior de garantir acesso mais equânime aos serviços de saúde, é necessário transformá-la em instrumento de inclusão em grande escala. De um suposto elemento que reforça privilégios e exclusões para um instrumento que promove inclusão: essa é judicialização da saúde que devemos buscar. Mais que isso: é dessa judicialização que as classes populares necessitam.

Assumimos que, para promover esse necessário avanço, é fundamental superar o infértil debate sobre o aumento ou a diminuição da judicialização (ou a “desjudicialização”) que domina o cenário institucional e acadêmico. No presente

capítulo, o esforço se volta para contribuir com o debate de “qual judicialização” necessitamos, ou seja, de como transformar a interface entre sistema de saúde e sistema de justiça, entre saúde e direito.

Guiados por tais objetivos, iniciamos o presente capítulo pelo mapeamento de experiências institucionais inovadoras para solução dos litígios em saúde as quais se destacam pela proposta de intermediar as expectativas dos usuários do SUS, individual ou coletivamente, e a organização e estrutura material do sistema de saúde. Ao mapeamento se segue a avaliação crítica dessas experiências. Para tanto, utilizamos tanto as análises realizadas em pesquisas de âmbito nacional quanto a comparação à judicialização da saúde nos Estados Unidos, paradigma que apresenta especial relevância para avaliação do cenário brasileiro. Por fim, utilizamos a avaliação crítica das experiências existentes, a fim de apresentar sugestões de avanços institucionais constitucional do *due process*.

1. Mapeamento das práticas institucionais avançadas no Brasil

No mapeamento dos arranjos institucionais, buscamos manter a coerência de abordagem com o referencial teórico adotado. O experimentalismo democrático propõe que as mudanças na estrutura da sociedade sejam realizadas de modo motivado, sustentado e cumulativo. Para tanto, adota como premissa “a relação interna entre entender ideais ou interesses e pensar a respeito de práticas e instituições”¹²⁸². Ao trazer tal pressuposto para a perspectiva do direito, observamos que é equivocado o método de primeiro elencar os ideais e princípios normativos para só após pensar nas instituições aptas a realizá-los. As escolhas institucionais aperfeiçoam o projeto teórico e jurídico concebido no plano ideal¹²⁸³ e é tarefa do direito imaginar as formas institucionais que devem dar feição às escolhas realizadas.¹²⁸⁴

¹²⁸² UNGER, R. M.. **Democracia Realizada**: a alternativa progressista. São Paulo: Boitempo, 1999, p. 20.

¹²⁸³ UNGER, R. M.. *op. cit.*, p. 21.

¹²⁸⁴ UNGER, R.. **What Should Legal Analysis Become?** Londres/Nova Iorque: Verso, 1996, p. 129.

Assim, a primeira característica dos arranjos institucionais avaliados é sua capacidade para estabelecer um espaço de diálogo entre as instituições dos sistemas de justiça e de saúde para além do limitado espaço do exercício da jurisdição. A segunda característica é a orientação de tais práticas institucionais, que se voltam à conjugação de esforços para viabilizar o atendimento das demandas dos usuários do SUS, e não apenas para aperfeiçoar ou limitar o acesso à jurisdição. A terceira característica é a valorização das demandas individuais, ou seja, a construção de alternativas para a avaliação da situação peculiar de cada usuário do sistema.

A partir de tais orientações, a pesquisa avaliou experiências institucionais que promovem a intermediação entre, de um lado, as amplas demandas dos pacientes que buscam efetivar seu direito à saúde por meio do acesso a determinado produto ou serviço e, de outro, as instituições do SUS encarregadas de ofertá-los conforme os contornos delineados nas políticas públicas vigentes e as contingências materiais que a realidade do SUS impõe.

1.1. O Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça e os Comitês Executivos Estaduais

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem protagonizado, em âmbito nacional, as iniciativas institucionais voltadas à judicialização da saúde¹²⁸⁵. As primeiras medidas tomadas foram desdobramentos das diretrizes gerais definidas na Audiência Pública nº 4, realizada no Supremo Tribunal Federal, e no julgamento da STA 175. Varias dessas medidas tomaram a forma de atos normativos, contudo, a atuação do CNJ também se deu por “diversos encontros, reuniões e eventos pelo

¹²⁸⁵ Em que pese tal protagonismo, são poucos os estudos acadêmicos que se voltam para a atuação do referido Fórum. Dentre eles, destacamos o estudo de Clenio Schulze, que apresenta abordagem descritiva das atividades do referido fórum (SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro (Orgs). **Direito à Saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, pp. 77-91). Destacamos, ainda, a pesquisa de Edith Ramos *et al*, que apresenta visão crítica sobre a atuação do fórum (RAMOS, Edith Maria Barbosa; DINIZ, Isadora Moraes; MADUREIRA, Amanda Silva. O Conselho Nacional de Justiça: o Fórum da Saúde e o excesso de judicialização. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 4, n. 4, pp. 81-89, 2015).

Brasil, em nível estadual ou municipal, para refletir sobre os desafios concretos de efetivação da saúde”.¹²⁸⁶

Assim, em novembro de 2009 o CNJ constituiu grupo de trabalho, por intermédio da Portaria n. 650, para elaborar estudos e propor medidas referentes às demandas judiciais relacionadas à assistência à saúde. A partir da atuação do referido grupo, foi elaborada e expedida a Recomendação nº 31, de 30/03/2010¹²⁸⁷. O referido ato determinou a criação das assessorias técnicas e traçou diretrizes aos magistrados brasileiros para o julgamento de demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Tais diretrizes detalharam os critérios gerais estabelecidos na STA 175, conforme exposto no item 1.1 deste capítulo. Mas, a par da importância da atuação do CNJ para a recomendação de critérios para a atividade jurisdicional dos magistrados e o fornecimento de subsídios técnicos¹²⁸⁸, a sua maior contribuição está na constituição de um amplo espaço de diálogo interinstitucional articulado entre os diferentes âmbitos da Federação.

Nos referimos à criação do “Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”¹²⁸⁹, doravante denominado “Fórum da Saúde”, a partir da aprovação da Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010. Tal inovação institucional foi, desde o seu início, destinada a funcionar de forma articulada, tanto do ponto de vista federativo quanto do ponto de vista institucional.

¹²⁸⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: CNJ, 2015, p. 50.

¹²⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010**. Publicada no DJE/CNJ nº 61/2010, pp. 4-6, Brasília, 07 abr. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.

¹²⁸⁸ Para uma descrição detalhada das iniciativas do Fórum da Saúde, conferir: SCHULZE, C. J.. Novas perspectivas sobre a judicialização da saúde. In: SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro (Orgs). **Direito à Saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, pp. 77-91.

¹²⁸⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010**. Publicada no DJE/CNJ nº 61/2010, pp. 9-10, Brasília, 7 abr. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n107-06-04-2010-presidencia.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.

A articulação federativa foi garantida com a criação de uma representação nacional e de representações em cada estado – os denominados Comitês Executivos Estaduais. Assim, o Fórum da Saúde é composto por um Comitê Executivo Nacional (cujos atuais integrantes constam na Portaria nº 8, de 2 de fevereiro de 2016) e por 26 Comitês Executivos Estaduais, além do Comitê Distrital.

A articulação institucional foi viabilizada pela previsão de composição plural dos grupos em âmbito nacional e estadual, ou seja, pela designação de membros para além da magistratura. Esse modelo inicialmente estabelecido foi aperfeiçoado com a aprovação, em 06/09/2016, da Resolução nº 238 do CNJ. A referida resolução ampliou a diversidade na composição, de forma a incluir representantes de todas as instituições do sistema de justiça, da gestão da saúde em âmbito federal e estadual, bem como da sociedade civil, conforme redação dada ao seu artigo 1º.¹²⁹⁰

Ocorre que, mesmo antes da nova previsão acima mencionada, diversos Comitês Executivos Estaduais organizaram suas composições de forma plural, buscando, desde sua instalação, reunir representantes do Ministério Público, Defensoria Pública, OAB, instituições de pesquisa e, especialmente, da gestão local do SUS. Exemplos disso são os Comitês Estaduais de Minas Gerais¹²⁹¹, Rio Grande do Sul¹²⁹², Rio Grande do Norte¹²⁹³, Rio de Janeiro¹²⁹⁴ e o Comitê do Distrito

¹²⁹⁰ Art. 1º Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais criarão no âmbito de sua jurisdição Comitê Estadual de Saúde, com representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuários do sistema suplementar de saúde, que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada estado.

¹²⁹¹ A informação está disponível em: <http://www.comitesaudemg.com.br/www/membros/>
Acesso em: 22 ago. 2017.

¹²⁹² Conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Comitê Executivo Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul. **Ação de Planejamento e de gestão sistêmicos com foco na saúde**. Disponível em: https://www2.jfrs.jus.br/wp-content/uploads/2013/10/cartilhagpgsagosto_20151.pdf
Acesso em: 22 ago 2017.

¹²⁹³ A informação está disponível em: <http://comite.tjrn.jus.br/index.php/home-2/forum-estadual>
Acesso em: 28 ago. 2017.

¹²⁹⁴ A informação está disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/portal/cnj-reestruturado-comite-fluminense-do-forum-nacional-de-saude-se-reune-em-novembro/>

Federal¹²⁹⁵. Alguns, por outro lado, instituíram seus respectivos comitês de saúde de forma muito recente e, assim, já o fizeram conforme as regras da Resolução nº 238, como é o caso do estado de Pernambuco¹²⁹⁶.

Os Comitês (estaduais e distrital) promovem reuniões regulares, mensais ou bimestrais, com a finalidade de aproximar as diversas instituições envolvidas e buscar soluções para os problemas mais graves do sistema de saúde. Assim, os Comitês proporcionaram a ampliação das concepções de saúde apresentadas pelos diversos atores políticos e sociais participantes e, a partir daí, foram estabelecidos “novos parâmetros de atuação e de efetivação da saúde a partir de uma gestão mais compartilhada”.¹²⁹⁷

Outro foco constante de atuação dos Comitês é a tentativa de encontrar alternativas para o ajuizamento de ações. Nesse sentido, conforme já destacamos anteriormente, os estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul já lograram, inclusive, diminuir os gastos com cumprimentos de ordens judiciais em razão da atuação institucional articulada.¹²⁹⁸

Para além dessa redução de custos, a atuação do Comitê Executivo de Saúde do Rio Grande do Sul conduziu também importantes iniciativas de otimização do acesso à assistência farmacêutica¹²⁹⁹, padronização da instrução dos processos judiciais e **ampliação da resolução extrajudicial de litígios**. Os avanços foram

Acesso em: 28 ago. 2017.

¹²⁹⁵ A informação está disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/comite-executivo-distrital-da-saude/parceiros>

Acesso em: 28 ago. 2017.

¹²⁹⁶ A informação está disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85120-justica-de-pernambuco-e-parceiros-instituem-comite-estadual-de-saude>

Acesso em: 28 ago. 2017.

¹²⁹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: CNJ, 2015, p. 49.

¹²⁹⁸ Conferir: CIEGLINSKI, T.. **Justiça gaúcha reduz gastos com demandas sobre saúde**. Agência CNJ de Notícias. Brasília, CNJ, 19 abr. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84643-justica-gaucha-reduz-17-os-gastos-com-judicializacao-da-saude>

Acesso em: 28 ago 2017.

¹²⁹⁹ Conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Comitê Executivo Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul. **Ação de Planejamento e de gestão sistêmicos com foco na saúde**. Pp. 35-97 Disponível em: https://www2.jfrs.jus.br/wp-content/uploads/2013/10/cartilhagagsagosto_20151.pdf Acesso em: 22 ago. 2017.

fomentados por intermédio de estabelecimento de termo de cooperação, em abril de 2010, reunindo esforços de diversas instituições do referido estado: Poder Executivo (estadual e municipal), Ministério Público (estadual e federal), Poder Judiciário, Defensoria Pública, Conselho Regional de Medicina e Procuradoria-Geral do estado¹³⁰⁰.

A cooperação realizada não criou arranjos institucionais específicos para receber as demandas dos pacientes, contudo, as instituições envolvidas implementaram transformações internas para qualificar o acesso e reduzir o ajuizamento de ações. Nesse sentido, merece destaque o aprimoramento do fluxo da assistência farmacêutica pela Secretaria Estadual de Saúde¹³⁰¹ e o estabelecimento de rotinas de resolução administrativa de conflitos pela Defensoria Pública Estadual, que conduziu ao notável resultado de 87% de resolução dos litígios de forma extrajudicial e de apenas 13% dos casos destinados à resolução judicial.¹³⁰²

Resultados muito expressivos também apresenta o Comitê Executivo Distrital. No caso, sua atuação tem se voltado especialmente para a **solução de demandas coletivas** levadas para debate e construção conjunta de alternativas pelos representantes das instituições do sistema de justiça e de saúde. O próprio sítio eletrônico do Comitê enumera diversos avanços obtidos em prol da saúde pública do Distrito Federal, dos quais destacamos alguns exemplos: i) ampliação do número de leitos de UTI em toda a Rede Pública; ii) revitalização do centro cirúrgico do Hospital de Base; iii) Redução da indisponibilidade de leitos de UTI com perfis neurológicos e neonatal cardiológico; iv) melhoria no acesso ao tratamento quimioterápico e radioterápico; v) agilização nas intervenções cirúrgicas e

¹³⁰⁰ Ibidem, pp. 35-41. Em 2016, foi elaborado novo termo de cooperação que promoveu a inclusão de mais instituições, tais quais a Defensoria Pública da União, a OAB, UNIMED, Confederação Nacional dos Municípios, Conselho Regional de Farmácia.

¹³⁰¹ Ibidem, pp. 42-72.

¹³⁰² Ibidem, pp. 127-132.

neurológicas; vi) aprovação da contratação do serviço *Home Care*; vii) mediação visando à reabertura da Unidade de Pronto Atendimento em Samambaia.¹³⁰³

O diálogo institucional estabelecido no Comitê Distrital também tem servido para **aprimorar os procedimentos e rotinas de trabalho nas instituições envolvidas na judicialização da saúde**. Assim, entre as iniciativas do Comitê, estão: i) busca de solução administrativa, antes do ajuizamento da ação judicial, para os conflitos que envolvam medicamentos, exames e leitos de UTI; ii) compartilhamento de informações com defensores, magistrados e membros do Ministério Público, com a Central de Regulação de Leitos de UTI e com a Comissão de Judicialização da Secretaria de Saúde do DF; iii) abertura de canais de comunicação do sistema de justiça com o gestor público; iv) redução do número de demandas judiciais envolvendo os cuidados com a saúde, principalmente aquelas relacionadas à medicação e ao tratamentos do câncer (quimioterapia e radioterapia).¹³⁰⁴

Por fim, o Comitê Distrital ainda deu origem à organização de um novo arranjo institucional com o objetivo de promover a mediação prévia das demandas de saúde pública. Trata-se da Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS) instituída em 2013 para promover a qualificação do atendimento às demandas individuais dos usuários que buscam acesso a tratamentos ofertados pelo SUS. A CAMEDIS é um dos exemplos de vários outros arranjos institucionais que surgiram a partir do diálogo institucional nos Comitês Executivos de Saúde para, sobretudo, aprimorar o atendimento das demandas individuais dos cidadãos das classes populares. Passamos agora à exposição dessas experiências locais.

1.2. Arranjos institucionais de âmbito local

Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde – Distrito Federal

¹³⁰³ A informação está disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/comite-executivo-distrital-da-saude/resultados>

Acesso em: 28 ago. 2017.

¹³⁰⁴ Ibidem.

A Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde – CAMEDIS foi concebida no âmbito do Comitê Executivo Distrital de Saúde e instituída em Portaria Conjunta da Secretaria de Saúde do DF (SES/DF) e da Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF), publicada em 28 de fevereiro de 2013. A CAMEDIS tem por objetivo a realização de reuniões para conciliação e mediação entre os pacientes usuários do SUS que buscam assistência da Defensoria Pública e os gestores da rede pública de saúde do Distrito Federal. O foco é oferecer rápido atendimento das demandas diretamente pela Administração Pública e evitar que os conflitos sanitários migrem para o âmbito judicial. Nesse arranjo institucional criado, os usuários do SUS são assistidos pelos Defensores Públicos do Núcleo de Saúde da DPDF¹³⁰⁵, uma unidade especializada apenas no atendimento de demandas por serviços públicos de saúde. De outro lado, a Secretaria de Saúde (SES/DF) assume papel de órgão demandado¹³⁰⁶, pois é responsável pela gestão do SUS e execução dos serviços públicos de saúde no âmbito do DF.

A dinâmica de funcionamento da CAMEDIS se dá entre Defensoria e SES/DF, bem como se concentra apenas nos serviços e produtos disponíveis no SUS. Assim, os casos suscetíveis de apreciação pela CAMEDIS são previamente definidos e atualizados entre Defensoria e gestores. O arranjo institucional se volta para resolução de diversas espécies de demandas, contudo, tem dois principais

¹³⁰⁵ São atribuições da Defensoria, segundo a Portaria Conjunta n.1/2013, e de acordo com o Regulamento da Camedis: a) receber as demandas de pacientes do SUS e elaborar ofícios destinados à Camedis, a serem apreciados por sua coordenação (realizada pela secretaria); b) participar das sessões de conciliação por meio de seu integrante titular ou suplente; c) elaborar os Termos de mediação resultantes das manifestações de pacientes e da secretaria durante as sessões de conciliação; e d) fazer o acompanhamento dos ofícios e do cumprimento dos termos de mediação por parte da secretaria. Conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: dados e experiências. Brasília: CNJ, 2015, pp. 118-119.

¹³⁰⁶ A Secretaria de Saúde compete: a) elaborar e enviar respostas aos ofícios enviados à Camedis, dentro do prazo estabelecido de 21 dias; b) elaborar pauta para as sessões de conciliação; c) fornecer suporte administrativo e material para realização das sessões; d) participar das sessões de conciliação por meio de seu integrante titular ou suplente; e e) cumprir os acordos nos prazos estabelecidos nos termos de mediação. Conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: dados e experiências. Brasília: CNJ, 2015, p. 119.

limitadores: oferece apenas o que está previsto nas políticas públicas e não lida com urgências¹³⁰⁷.

Quando demandas nesse perfil chegam à Defensoria, são encaminhadas pela DPDF, por meio de ofício específico direcionado a esta Câmara, para primeira apreciação pelo representante da SES/DF, que, por sua vez, deve apresentar resposta em três sentidos: “I) Atendimento integral à demanda pretendida, nos termos do pedido formulado em ofício da DPDF; II) Negativa de atendimento à demanda pretendida; ou III) Atendimento parcial à demanda pretendida, com formulação de proposta a ser apresentada em sessão de mediação”¹³⁰⁸. Nas duas primeiras hipóteses, a informação de resposta é fornecida por meio de ofício encaminhado à Defensoria para comunicação do atendimento ou, eventualmente, ajuizamento de ação. É na terceira hipótese que a demanda será encaminhada para realização de reunião de mediação, que deve ocorrer mensalmente, na qual são reunidas várias demandas. .

As reuniões de mediação ocorrem com diálogo direto entre o demandante, assistido pela Defensoria Pública, e gestores da Secretaria de Saúde. Nessas oportunidades, o atendimento às necessidades dos pacientes se dá com a tentativa de aliar as expectativas destes às contingências de atendimento por parte do SUS, sejam aquelas derivadas das políticas públicas estabelecidas, sejam aquelas decorrentes da eventual ausência de recursos materiais ou disponibilidade do serviço. Nas hipóteses de sucesso, o acordo entre as partes é expresso em instrumento próprio, denominado “Termo de Mediação”.

¹³⁰⁷ Um primeiro rol de demandas a serem atendidas envolveu: “cirurgias eletivas, consultas, exames, internação psiquiátrica (involuntária ou compulsória, indicada por médico do SUS), materiais para pacientes não internados, medicamentos que não atendam aos protocolos clínicos, processos em trâmite com reiterados descumprimentos, sessões de câmara hiperbárica”. De outro lado, não são submetidos à CAMEDIS: “cirurgias urgentes, consultas (1º atendimento), exames (1º atendimento), internação compulsória indicada por médico privado, materiais para pacientes internados, medicamentos padronizados” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: dados e experiências. Brasília: CNJ, 2015, p. 119).

¹³⁰⁸ Informação disponível na descrição da prática no sítio eletrônico do prêmio Innovare. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/camara-permanente-distrital-de-mediacao-em-saude-camedis-20140529161411548390>
Acesso em: 28 ago. 2017.

A experiência de intermediação entre usuários e gestão do SUS realizada por intermédio de um arranjo institucional constituído entre Defensoria e Secretaria de saúde é proposta que busca inovar em vários sentidos: i) reconhecimento do protagonismo dos pacientes e empoderá-los na definição de seu atendimento, lembrando que estes se sentem valorizados ao serem ouvidos diretamente pelos servidores públicos e receberem as justificativas oficiais para os eventuais problemas de acesso; ii) redução do número de demandas judiciais relativas àqueles casos encaminhados, tendo em vista o alto grau de êxito das tentativas de mediação¹³⁰⁹; iii) fortalecimento do diálogo e da cooperação institucional entre a Defensoria e a gestão do SUS locais; iv) tentativa de atendimento às demandas excepcionais por produtos não padronizados para uso no SUS, mas necessários para a condição peculiar do paciente.¹³¹⁰

Ao analisar a experiência da CAMEDIS, Gabriel Schulman e Alexandre Silva destacam que os seus resultados já permitem considerá-la como uma estratégia extrajudicial promissora, pois a iniciativa se concentrou em três importantes medidas institucionais de efetivação do direito à saúde, a saber: “fortalecer espaço de diálogo institucional a partir do Comitê Distrital; constituir estrutura de resolução consensual de conflitos em saúde; e empoderar cidadãos a partir de soluções consensuais”.¹³¹¹

O SUS Mediado – Rio Grande do Norte

O SUS mediado é arranjo institucional nascido em 2012 da cooperação técnica entre as Defensorias Públicas do Estado do Rio Grande do Norte e da União, a Procuradoria do Estado, as Secretarias Estadual e Municipal (Natal) de

¹³⁰⁹ Em estudo específico sobre a atuação da CAMEDIS, Patrícia Paim aponta uma redução de 20% no ajuizamento de ações e economia de R\$ 1,5 milhão aos cofres públicos. PAIM, P.; MARQUETO, A. L.. Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde: experiência do Distrito Federal. In: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Ciência e Tecnologia em Saúde. **Coleção para entender a gestão do SUS - Direito à Saúde**. Brasília: CONASS, 2015, p. 8. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_17B.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.

¹³¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: CNJ, 2015, p. 128.

¹³¹¹ SCHULMAN, G.; SILVA, A. B.. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017, p. 295.

Saúde que objetiva: dar efetividade às políticas públicas de saúde, evitar o ajuizamento de ações e facilitar o acesso do cidadão ao SUS¹³¹². Trata-se, portanto, de experiência que envolve um conjunto mais amplo de instituições.

A prática tem local destinado ao atendimento dos cidadãos na sede da Defensoria Pública estadual e a dinâmica se assemelha àquela descrita acerca da CAMEDIS. O atendimento inicial se dá pela Defensoria Pública, que encaminha aos setores responsáveis a demanda para avaliação e atendimento. O rol de demandas recebido também é amplo, pois inclui medicamentos, realização de exames, cirurgias de média e alta complexidade, fornecimento de próteses, órteses e outros materiais. Quando o atendimento não pode ser de pronto realizado, é encaminhado para mediação. O formato da mediação realizada mantém a característica importante de valorizar a participação do usuário, que se faz presente, juntamente com um técnico indicado pela gestão do SUS (farmacêutico e/ou médico do setor de regulação), um Defensor Público e um Procurador do Estado. Os casos não atendidos ou de elevada urgência são objeto de ações judiciais promovidas pela Defensoria Pública.¹³¹³

O SUS mediado apresenta alguns avanços em relação ao modelo praticado no Distrito Federal. A presença da Procuradoria do Estado é um desses diferenciais, pois permite maior segurança quanto à formatação e cumprimento dos acordos. Merece menção também o fato de que o encaminhamento das demandas pode ser feito a setores específicos, para, por exemplo, fornecimento de medicamentos ou realizações de cirurgias. No mais, as reuniões são realizadas de forma semanal, ou seja, com periodicidade maior.

A experiência de mediação do SUS mediado apresentou diversos avanços: i) redução do número de ações propostas em razão do encaminhamento administrativo dado às demandas; ii) direcionamento das demandas conforme as competências dos entes federativos; iii) divulgação mais positiva do SUS junto aos

¹³¹² Informação disponível na descrição da prática no sítio eletrônico do prêmio Innovare. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/o-sus-mediado>
Acesso em: 28 ago. 2017.

¹³¹³ Idem, ibidem,

usuários¹³¹⁴; iv) atendimento imediato e individualizado às demandas dos cidadãos¹³¹⁵; v) elevado índice de resolução das demandas em âmbito administrativo (40%).¹³¹⁶

Câmara de Resolução de Litígios em Saúde – Rio de Janeiro

A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) congrega diversas instituições no estado do Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Estado, Defensoria Pública da União, Procuradores do Estado, Procuradores do Município do Rio de Janeiro e Equipes de Apoio Técnico da Secretaria de Estado de Saúde e da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, com a finalidade de promover atendimento aos usuários do SUS que buscam a Defensoria Pública para demandar acesso aos serviços de saúde. A parceria foi instrumentalizada mediante Convênio de Cooperação celebrado em junho de 2012.¹³¹⁷

A CRLS adota princípios de atuação muito semelhantes aos descritos em relação às experiências da CAMEDIS e SUS mediado. Valoriza a busca de soluções administrativas para as necessidades de saúde dos usuários do SUS e sua inserção na dinâmica das políticas públicas estabelecidas¹³¹⁸. Nesse processo, ao mesmo tempo em que se almeja reduzir o número de ações judiciais, busca-se a especialização e a personalização do atendimento do cidadão nas demandas

¹³¹⁴ Conferir: SILVA, A. T.. **Judicialização da Saúde e Mediação**: Práticas e Percepções sobre a Experiência do “Sus Mediado” em Natal. 2016. Dissertação (Mestrado em Saúde coletiva) – Instituto de Ciências da Saúde - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Natal, 2016.

¹³¹⁵ Informação disponível na descrição da prática no sítio eletrônico do prêmio Innovare. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/o-sus-mediado>

Acesso em: 28 ago. 2017.

¹³¹⁶ Informação Disponível em:

<http://www.saude.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=157804&ACT=&PAGE=&PARM=&LBL=Materia>

Acesso em: 30 ago. 2017

¹³¹⁷ Informação disponível na descrição da prática no sítio eletrônico do prêmio Innovare. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls--114>

Acesso em: 28 ago. 2017.

¹³¹⁸ GUIMARÃES, R. C. M.; PALHEIRO, P. H. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. In: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Ciência e Tecnologia em Saúde. **Coleção para entender a gestão do SUS - Direito à Saúde**. Brasília: CONASS, 2015, pp. 5-6. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf

Acesso em: 22 ago. 2017.

relativas à saúde. O resultado esperado é, portanto, se tornar “o acesso mais célere e resolutivo e diminuindo o número de novas ações”¹³¹⁹. O atendimento também apresenta um escopo amplo, pois está voltada para demandas por “oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico, exame médico, consultas ou internações”¹³²⁰.

A CRLS, todavia, apresenta ao menos 3 características que fazem dela um arranjo institucional mais avançado e efetivo: possui sede própria, funciona de forma permanente, e atende em grande escala. Quanto ao primeiro elemento, a CRLS funciona em sede própria, situada em imóvel de aproximadamente 760 m² no Centro do Rio de Janeiro-RJ. Dessa forma, permite-se manter permanentemente, dentro da mesma estrutura, os membros das Defensorias Públicas, os representantes das Secretarias de Saúde e os membros da Procuradoria-Geral do Estado e da Procuradoria do Município. O arranjo conta, ainda, com a colaboração do Tribunal de Justiça do RJ na designação de mediadores e a supervisão e coordenação da atividade de mediação¹³²¹. A consistente estrutura organizada permite que o acolhimento aos usuários do SUS, a avaliação das demandas pelos gestores, a orientação jurídica e o encaminhamento de soluções administrativas ou de confecção de ações judiciais se deem todas no mesmo espaço. Tais serviços, conforme destacamos, são ofertados de forma permanente: os atendimentos gerais na CRLS são realizados de segundas às sextas-feiras, das 10h às 15h, e os atendimentos de urgência se estendem até as 16h30¹³²². Nos casos da CAMEDIS e do SUS mediado, embora o atendimento das Defensorias Públicas seja permanente, a atividade de mediação institucionalizada se dá em periodicidade mensal ou semanal, respectivamente.

¹³¹⁹ Ibidem, p. 6.

¹³²⁰ Ibidem, p. 6.

¹³²¹ Informação disponível na descrição da prática no sítio eletrônico do prêmio Innovare. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas//camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls--114>

Acesso em: 28 ago. 2017.

¹³²² Idem.

Por fim, merece destaque a grande escala do atendimento realizado na CRLS. Entre setembro de 2013 e setembro de 2016, aproximadamente 31 mil pessoas foram atendidas, número de atendimentos que não impediu que fossem alcançados altos índices de consenso entre os usuários e os gestores do SUS. O índice de resolução administrativa extrajudicial das demandas cresceu de 35%, em 2013, primeiro ano de funcionamento da CRLS, para mais de 53% em 2016. Assim, o número expressivo de 15 mil pessoas foram atendidas de forma mais célere e conforme os padrões estabelecidos pelo SUS.

Outras experiências institucionais de âmbito local

As três experiências institucionais acima expostas começam a despertar a atenção de estudos acadêmicos e a servir de base para propostas de renovação da judicialização da saúde¹³²³. Mas, antes de despertar a atenção em âmbito acadêmico, elas já serviam de modelo para a criação de novos arranjos institucionais em outras unidades da Federação.

No estado de Rondônia, por exemplo, foi implementado projeto também denominado “SUS mediado” em junho de 2016 na cidade de Porto Velho. Mesmo em pouco tempo, a Defensoria Pública estadual informa o atendimento de 810 pessoas na capital Porto Velho e a redução de 90% das ações judiciais ajuizadas por aquele órgão. Em razão do sucesso da inovação, o projeto deve ser estendido ao interior do estado.¹³²⁴ Com modelo mais semelhante ao da CRLS, em Salvador/BA, foi inaugurada, em novembro de 2016, a Câmara de Conciliação de Saúde. Em nove meses de atuação, a Câmara atendeu 634 usuários e registrou

¹³²³ Para um exemplo que destaca exatamente os três arranjos mencionados, conferir: SCHULMAN, G.; SILVA, A. B.. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017, pp. 294-296.

¹³²⁴ MORAIS, H.. SUS Mediado atende 810 pessoas e reduz 90% dos processos de saúde. **G1 Rondônia**. Porto Velho, jan. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2017/01/sus-mediado-atende-810-pessoas-e-reduz-90-dos-processos-na-saude.html> Acesso em: 28 ago. 2017.

índice de 80% de soluções¹³²⁵. Iniciativa semelhante também está em concepção no estado de Sergipe.¹³²⁶

Por fim, além das diversas iniciativas mencionadas no âmbito dos estados e suas capitais, surgem em todo Brasil arranjos locais para atender às necessidades específicas de municípios do interior do país, a exemplo das práticas encontradas em Araguaína (Tocantins)¹³²⁷ e Lajes (Santa Catarina)¹³²⁸.

1.3. Repercussão dos arranjos mapeados na produção acadêmica brasileira

Os arranjos institucionais descritos no tópico anterior, conforme destacamos, têm inspirado novas iniciativas institucionais em vários estados e municípios brasileiros. Ainda carecemos, todavia, de estudos que retratem de forma mais profunda e sistematizada os resultados da implementação de tais práticas institucionais avançadas. Ainda assim, algumas pesquisas já têm se voltado para tais experiências, seja para avaliá-las, seja para sugerir os próximos passos.

A avaliação mais detida até o momento foi realizada por intermédio do próprio Conselho Nacional de Justiça, em pesquisa publicada no ano de 2015. O estudo incluiu avaliação superficial da judicialização da saúde no Brasil e abordagem detalhada das experiências de 3 locais (Distrito Federal, Lajes/SC e Araguaína/TO). A pesquisa concluiu que, a despeito das diferenças entre as experiências analisadas e de seus arranjos institucionais específicos, existem características comuns que se destacam, a saber: i) reconhecimento de que as instituições jurídicas podem influenciar a política pública de saúde; ii) compreensão de que o modelo adversarial não é o mais adequado; iii) valorização do diálogo institucional; iv) dependência da vontade política e do compromisso dos atores envolvidos; v)

¹³²⁵ Informação disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85328-camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia>

Acesso em: 29 ago. 2017.

¹³²⁶ Informação disponível em: < <http://www.defensoria.se.def.br/?p=15554> >

Acesso em: 29 ago. 2017.

¹³²⁷ Conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: CNJ, 2015, pp. 45 *et seq.*

¹³²⁸ *Ibidem*, pp. 77 *et seq.*

atuação nas causas dos problemas, e não apenas em suas consequências; vi) resistência inicial às iniciativas e necessidade de sensibilização interna nas instituições jurídicas e políticas; vii) pouca articulação com os Conselhos de Saúde.¹³²⁹

O conjunto de tais características permite depreender que, no plano institucional, **a judicialização da saúde tem se desenvolvido de forma consistente para além da cena do processo judicial**. Tal movimento pode ser observado em, ao menos, dois âmbitos. No **âmbito coletivo**, estão sendo organizados espaços de diálogo institucional nos quais o sistema de saúde se abre para a influência do sistema de justiça sobre as próprias políticas públicas e, assim, são fomentadas iniciativas para lidar com as causas dos litígios em saúde. Dessa forma, a judicialização da saúde serve ao aprimoramento da gestão do SUS a partir de concepção mais dialógica e institucional do que pode ser alcançado, por exemplo, nas ações civis públicas. O exemplo mais claro dessa nova dinâmica está na atuação dos Comitês Executivos do Fórum de Saúde do CNJ.

No **âmbito individual**, com a valorização da resolução dos litígios de forma não adversarial, “alternativas podem ser desenvolvidas pelo próprio Judiciário e pelas demais instituições jurídicas, sem prejuízo dos deveres relacionados à atividade judicante”¹³³⁰. Os exemplos mais destacados nos estudos acadêmicos têm sido exatamente a CRLS (RJ), o SUS mediado (RN) e a CAMEDIS (DF)¹³³¹, descritos no tópico anterior. Tais experiências têm sido mencionadas por sua capacidade para realizar a mediação entre as demandas dos usuários e a gestão do SUS e, assim, obter solução consensual, a despeito do ajuizamento de ações.

¹³²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: CNJ, 2015, pp. 129-130.

¹³³⁰ Ibidem, p. 129.

¹³³¹ As pesquisas acadêmicas que, de alguma forma, avaliam ou fazem menção aos arranjos institucionais voltados à mediação sanitária têm, em praticamente todas as situações, feito referência às três experiências mencionadas ou, ao menos, a uma delas. Nesse sentido, dentre outras pesquisas, conferir: SCHULMAN, G.; SILVA, A. B.. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017, pp. 294-295; e RIBEIRO, L. M.; HARTMANN, I. A.. Judicialization of the Right to Health and Institutional Changes in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, 2016, p. 44. A recorrência observada nos estudos permite reconhecer o caráter pioneiro dessas três iniciativas institucionais.

Em razão disso, doravante passamos a nos referir a essa atividade como “mediação sanitária”.¹³³²

O avanço das experiências mencionada ainda depende da superação de diversos desafios institucionais¹³³³. Os mais prementes dizem respeito a, de um lado, mudar a concepção atual sobre a judicialização da saúde e, de outro, prover maior grau de institucionalidade às novas práticas adotadas para a solução dos litígios. Quanto ao primeiro ponto, importante reconhecer que os conflitos podem ser discutidos sob o ponto de vista jurídico, sem necessariamente serem conduzidos ao Judiciário¹³³⁴. A judicialização da saúde “não nasce nem termina no judiciário”¹³³⁵, logo, muitas das deficiências do sistema de saúde podem encontrar via de solução mais adequada em diálogos interinstitucionais estabelecidos por meios não formais, em que pese a participação das instituições do sistema de justiça.¹³³⁶

Quanto ao segundo ponto, importante perceber que as experiências institucionais existentes ainda são muito dependentes de iniciativas individuais dos agentes públicos envolvidos e, além disso, ainda são muito pontuais, embora cada vez mais frequentes¹³³⁷. A institucionalização dos procedimentos de mediação sanitária para solução consensual e extrajudicial dos conflitos promoverá “maior segurança aos entes públicos e facilitará o acesso à saúde pela população”¹³³⁸, além de possibilitar a perpetuação da experiência. Além disso, permitirá dar-lhes

¹³³² O termo “mediação sanitária” tem sido muito utilizado por Maria Célia Delduque para descrever as experiências institucionais brasileiras voltadas à intermediação extrajudicial dos conflitos entre usuários e gestão do SUS. Nesse sentido, conferir: DELDUQUE, M. C.; CASTRO, E. V. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde em Debate**, v. 39, n. 105, pp. 506-513, 2015, pp. 511-512.

¹³³³ Dentre os desafios institucionais apontados no estudo realizado pelo CNJ, estão: enfatizar a saúde como política de Estado; realizar a articulação com mecanismos participativos; fortalecer o Fórum Nacional e os Comitês estaduais e estimular a integração institucional neles; e pensar a produtividade para além do volume de sentenças, mas também pelo estabelecimento de consensos e prevenção (Ibidem, pp. 133-135).

¹³³⁴ Ibidem, p. 134.

¹³³⁵ SCHULMAN, G.; SILVA, A. B. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017, p. 295.

¹³³⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, *op. cit.*, p. 134.

¹³³⁷ Ibidem, p. 135.

¹³³⁸ SCHULMAN, G.; SILVA, A. B., *op. cit.*, p. 296.

visibilidade, ponderar seus fatores de sucesso e suas dificuldades de implementação e, a partir daí, avaliar a possibilidade de replicação no contexto de outras unidades da Federação, até mesmo na União.¹³³⁹

A percepção de que os novos arranjos institucionais representam alternativa promissora à tradicional judicialização pelo modelo adversarial dos Tribunais lega aos juristas a tarefa de imaginar como tais experiências podem ser institucionalizadas sem perder a característica de fomentar interface menos formal para a resolução consensual dos conflitos em saúde. O processo de institucionalizar e criar padrões de atendimento pode expor as novas práticas ao risco de padronização estrita típica de uma visão “fordista” dos serviços públicos: a organização da oferta dos serviços a partir das diretrizes de hierarquia e de rígida especialização de funções¹³⁴⁰. Nesse contexto, é central para a análise jurídica imaginar os possíveis “próximos passos” para que tais práticas se institucionalizem e ganhem escala para ampliar o atendimento aos usuários do SUS sem, contudo, perder a capacidade de promover transformações institucionais. Alguns estudos recentes já têm se voltado para tais questões.

Em parte de tais estudos, o foco é apenas analítico. Maria Oliveira *et al*, por exemplo, reconhecem a importância da valorização da mediação sanitária como instrumento de “desjudicialização” e resolução dos conflitos, de forma a atender o cidadão “que almeja de forma célere a efetivação do seu direito à saúde”¹³⁴¹. Ou seja, não se voltam para o aprofundamento na dinâmica institucional que a mediação sanitária deve assumir.¹³⁴²

¹³³⁹ Ibidem, p. 135.

¹³⁴⁰ UNGER, R. M. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009, p. 86.

¹³⁴¹ OLIVEIRA, M. R. M. *et al*. Mediação: um meio de desjudicializar a saúde. **Tempus Actas de Saúde Coletiva**, v. 10, n. 1, pp. 169-177, 2016, p. 176.

¹³⁴² Para outro exemplo, conferir: DELDUQUE, M. C. A Mediação Sanitária como novo paradigma alternativo à judicialização das políticas de saúde no Brasil. In: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Ciência e Tecnologia em Saúde. **Coleção para entender a gestão do SUS - Direito à Saúde**. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em:

http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_9B.pdf Acesso em: 22 ago. 2017.

Ainda no campo da análise, merece atenção estudo realizado por Leandro Ribeiro e Ivar Hartmann. Os autores se voltam à compreensão da repercussão da mediação sanitária no âmbito da administração do SUS. Embora a intenção professada pelos agentes públicos que promovem a mediação sanitária se concentre em “desjudicializar”, o efeito obtido com o desenvolvimento e a ampliação dessas iniciativas será, segundo os pesquisadores, a criação, no âmbito do SUS, de uma nova forma de solucionar litígios de saúde que não é nem totalmente administrativa nem totalmente judicial.¹³⁴³

De fato, a mediação sanitária busca trazer para o âmbito administrativo a linguagem dos direitos e parte de seus procedimentos. Trata-se de um movimento em sentido inverso ao que se tem observado na maior parte das inovações institucionais, especialmente naquelas promovidas pelo CNJ, que originaram transformações das estruturas internas do Judiciário para possibilitar melhor apreciação das demandas judiciais por serviços de saúde. É o caso, por exemplo, da organização das assessorias técnicas dos NAT-JUS e da especialização de varas judiciais e Turmas para julgar causas de saúde. Embora tais iniciativas tenham potencial de aprimorar a atividade adjudicativa e, assim, reduzir o impacto financeiro da judicialização da saúde¹³⁴⁴, não têm o condão de alterar a forma como o sistema de saúde opera na oferta de seus serviços. Os arranjos de mediação sanitária, por sua vez, promovem incorporação do sistema de justiça à própria estrutura do processo de decisão do sistema de saúde.¹³⁴⁵

Diante de tal situação, Ribeiro e Hartmann destacam que **o movimento de incorporação pelos órgãos administrativos dos métodos de resolução de conflitos semelhantes àqueles das Cortes judiciais também deve ser considerado uma forma de judicialização da política** e, no caso da saúde, perfaz o aspecto mais relevante desse fenômeno¹³⁴⁶. O avanço dos arranjos de mediação sanitária aponta que, ao mesmo tempo em que o contato com o sistema de saúde

¹³⁴³ RIBEIRO, L. M.; HARTMANN, I. A.. Judicialization of the Right to Health and Institutional Changes in Brazil. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, pp. 35, 2016, pp. 44-45.

¹³⁴⁴ Ibidem, p. 36.

¹³⁴⁵ Ibidem, p. 45.

¹³⁴⁶ Ibidem, pp. 49-50.

está transformando o Judiciário, este também age diretamente na condução das iniciativas de resolução extrajudicial dos conflitos no âmbito do SUS.¹³⁴⁷

Esse “novo” âmbito da judicialização da saúde também tem estimulado a imaginação de alternativas institucionais para se reproduzir, ampliar e aprimorar as atuais experiências de mediação sanitária. Nesse sentido, Maria Célia Delduque e Eduardo de Castro sugerem a organização de Núcleos de Mediação Sanitária no âmbito das Secretarias de Saúde para “operar a mediação interna ao sistema e externa com seus usuários”¹³⁴⁸, embora não detalhem como esses núcleos seriam organizados.

Ao mirar as experiências de mediação sanitária, em especial a CAMEDIS, Gabriel Schulman e Alexandre Silva propõem a criação de “câmaras de mediação” e de procedimentos administrativos para avaliar as demandas por tratamentos médicos apresentadas pelos usuários do SUS, inclusive aquelas relativas a tratamentos médicos não previstos nos protocolos do sistema¹³⁴⁹. Eles propõem que a composição das referidas câmaras seja plural, com representantes da gestão do sistema, da advocacia pública, do Ministério Público e da Defensoria Pública, além de profissionais de saúde peritos, embora ressaltem a importância de serem aproveitadas as organizações institucionais já existentes. A organização de tais estruturas poderia se dar no âmbito administrativo municipal, estadual ou federal, conforme a demanda de cada ente.¹³⁵⁰

O ponto mais controverso da proposta é a sugestão de se atribuir competência ao colegiado da câmara de mediação para, após avaliação e instrução do pedido administrativo, deferir, no caso concreto, a oferta excepcional de

¹³⁴⁷ Ibidem, p. 50.

¹³⁴⁸ DELDUQUE, M. C.; CASTRO, E. V. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde em Debate**, v. 39, n. 105, pp. 506-513, 2015, p. 512.

¹³⁴⁹ SCHULMAN, G.; SILVA, A. B.. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017, p. 296.

¹³⁵⁰ Ibidem, p. 297.

procedimentos não previstos nas políticas públicas. Talvez por tal competência excepcional, os autores proponham que o arranjo esteja previsto em lei.¹³⁵¹

A implementação da proposta de Schulman e Silva nos parece esbarrar, de início, em duas limitações. A primeira é a ideia de se tentar conciliar a composição ampla e plural semelhante àquela dos Comitês Executivos Estaduais do Fórum de Saúde do CNJ com a função desempenhada pelos arranjos voltados à mediação sanitária. Os Comitês Executivos mantêm tal composição para promover o debate de questões coletivas e estruturantes da gestão local do SUS, o que o faz parecer, para nós, um fórum inadequado para demandas individuais, por mais excepcionais que sejam. Um espaço de diálogo com tantos atores não ofereceria a escala de atendimento que se faz necessária para avaliar o elevado número de demandas individuais dos usuários do SUS. A estrutura de arranjos de resolução extrajudicial de litígios voltados ao atendimento individual de grande número de usuários do SUS, como é o caso da CRLS do Rio de Janeiro, possui um detalhado fluxo de atendimento das demandas, que exige a participação dos diferentes atores institucionais na medida exata em que se fazem necessários. Muitas das vezes, as demandas trazidas são resolvidas por servidores administrativos das secretarias de saúde, sem a necessidade de consulta a qualquer membro das instituições do sistema de justiça¹³⁵².

A segunda limitação deriva da primeira e diz respeito à atribuição de competência de julgamento administrativo a um colegiado composto por representantes de instituições com funções muito diversas e que, em alguns casos, não devem atuar de forma imparcial, como é o caso do Defensor Público. Nesse contexto, a reprodução da lógica da atividade adjudicativa no âmbito da resolução

¹³⁵¹ Ibidem, pp. 297-298.

¹³⁵² Proposta semelhante e que, ao nosso ver, incorre no mesmo equívoco é feita por Bernard Alô. Ele propõe a criação de Câmara Nacional de Resolução de Litígios de Saúde, que reuniria “representantes das instituições essenciais à justiça, das Administrações Públicas federal, distrital, estaduais e municipais e das agências reguladoras da área, notadamente a Agência Nacional de Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a fim de exercer verdadeira jurisdição administrativa, entabulando, em abstrato e com efeito vinculante para todos os entes federativos, entendimentos a respeito da saúde pública, uniformizando decisões aplicáveis aos casos concretos que porventura surgirem”. Conferir: ALÔ, B. R.. Desjudicializando o direito à saúde: o papel da Defensoria Pública nesse processo. **CEJ**, v. 20, n. 70, 2016, p. 105.

extrajudicial poderia desnaturar o objetivo de alcançar a construção de solução consensual por intermédio do diálogo interinstitucional.

Questão que nos parece central para imaginar os próximos passos da mediação sanitária no Brasil foi destacada por Ricardo Perlingeiro. Ao observar o cenário da judicialização da saúde, o referido autor defende que alternativas à “judicialização exacerbada” não serão alcançadas com restrições ao acesso à proteção jurisdicional de direitos individuais, mas sim com atenção à origem dos problemas no Poder Executivo. A partir de tal percepção, propõe a reestruturação do atual modelo de gestão pública da saúde, no sentido de que este desenvolva aptidão para “evitar ou para compor, por si mesmo, os conflitos entre pacientes e autoridades e, em consequência, desestimular as demandas judiciais”¹³⁵³. A premissa de Perlingeiro é de que a Administração Pública não deve aguardar de forma inerte uma manifestação judicial para proceder ao reconhecimento de direitos.¹³⁵⁴

A mudança de postura da Administração Pública demandaria, segundo o autor, avanços no direito administrativo brasileiro para aperfeiçoar tanto os procedimentos administrativos (para funções tipicamente executivas) quanto os processos administrativos - nos quais se desenvolvem as funções jurisdicionais da própria Administração destinadas às soluções extrajudiciais de conflitos¹³⁵⁵. Para aprimorar os processos administrativos, Perlingeiro sugere a adoção de iniciativas que sigam duas diretrizes: qualificação técnica e devido processo legal¹³⁵⁶. Ele resume assim sua proposta:

(...) a desjudicialização da assistência terapêutica à saúde será proporcional à adoção de procedimentos e de processos administrativos que primem pela qualidade técnica das decisões, bem como pela observância às garantias de *due process of law*, atribuindo às autoridades

¹³⁵³ PERLINGEIRO, R.. Desjudicializando as políticas de saúde? **Revista Acadêmica** v. 86, n. 2, 2015, p. 5.

¹³⁵⁴ Ibidem, p. 6.

¹³⁵⁵ Ibidem, p. 7.

¹³⁵⁶ As propostas de Perlingeiro são endossadas e detalhadas em artigo de Bernard Alô. Conferir: ALÔ, B. R., op. cit., pp. 103-104.

sanitárias imparcialidade e certa independência para decidirem conflitos.¹³⁵⁷

O autor identifica no desenvolvimento de instrumentos efetivos de resolução de litígios na esfera administrativa a melhor alternativa para “desjudicializar” o acesso à saúde. Nesse sentido, considera que é em razão da ausência desses instrumentos que o uso das tutelas coletivas em Juízo segue como a alternativa viável para “estancar as demandas judiciais repetitivas”¹³⁵⁸. Ou seja, Perlingeiro vê no desenvolvimento de arranjos institucionais em âmbito administrativo potencial maior para lidar com os litígios de saúde do que nas demandas judiciais de caráter coletivo que, conforme já destacamos, têm sido apontadas reiteradamente como “a solução” para a judicialização da saúde.

O conjunto das avaliações acima expostas permite concluir que os novos arranjos institucionais que têm surgido na interação entre as instituições dos sistemas de saúde e de justiça já apontam um novo rumo para a judicialização da saúde. Denominar esse movimento como uma tentativa de “desjudicialização”, como faz Perlingeiro, ou como um dos aspectos da judicialização, como fazem Ribeiro e Hartmann, é ponto a ser debatido, mas não pode ofuscar a questão principal: como aproveitar e aprimorar essas experiências?

A questão mais relevante não é saber se o desenvolvimento dessas experiências vai nos conduzir a mais ou menos judicialização, mas sim definir, a partir do aprendizado que elas proporcionam, quais os melhores caminhos que a judicialização pode tomar para garantir acesso à saúde aos usuários do SUS e assegurar a evolução do sistema. Oportuno, portanto, retornar à pergunta que temos feito ao longo dessa tese: qual judicialização?

O mapeamento realizado no presente tópico permite traçar alguns direcionamentos para respondê-la. A valorização do diálogo entre as instituições do sistema de justiça e do sistema de saúde fora do âmbito jurisdicional tem sido a principal diretriz adotada pelas novas práticas institucionais. Os resultados positivos

¹³⁵⁷ PERLINGEIRO, R., op. cit., pp. 10-11.

¹³⁵⁸ Ibidem, pp. 10-11.

têm sido observados tanto na resolução de problemas em âmbito coletivo quanto no atendimento mais célere e menos custoso das demandas individuais. Os próximos passos seriam, portanto, expandir tais iniciativas e provê-las de maior capacidade para atender ao grande número de demandas individuais por acesso aos serviços do SUS e corrigir as distorções encontradas na concepção e na implementação das políticas públicas de saúde. Para tanto, a institucionalização das experiências é essencial. Não é suficiente, contudo, que o foco desse processo de institucionalização se limite a pensar a composição plural dos arranjos, ou seja, a garantia de que representantes das mais diversas instituições deles participem; tampouco estão garantidos avanços pela mera reprodução dessas iniciativas em novos entes da Federação, mesmo em âmbito federal. Mais relevante é criar meios para que a dinâmica institucional funcione e seja capaz de criar fluxos para atender aos diferentes perfis de demandas. Em suma, o maior desafio não é definir quais instituições vão participar das iniciativas, mas como elas participarão e quais instrumentos estarão disponíveis para atender às peculiaridades das demandas individuais ou coletivas que surgirem.

Daí ser relevante a sugestão de Ricardo Perlingeiro de nos voltarmos à criação de novos instrumentos no âmbito do direito administrativo, notadamente dos processos administrativos. Tal caminho parece conduzir a alternativas mais adequadas do que aquelas propostas por Schulmann e Silva ou por Bernard Alô, as quais pressupõem que a criação de colegiados representativos e a atribuição de poder decisório a tais arranjos possa assegurar bons resultados. Sob a ótica experimentalista, faltam a tais propostas alguns elementos fundamentais, por exemplo: estabelecimento de uma relação entre as estruturas administrativas e os problemas a serem enfrentados; promoção de desenhos institucionais adaptáveis; possibilidade de individualização dos serviços com a participação dos beneficiários nesse processo.¹³⁵⁹

¹³⁵⁹ SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. *Georgetown Law Journal*, v. 100, 2011, pp. 55, 89 e 90.

Por tal razão, doravante, nos voltamos para a dinâmica da resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública voltada para o atendimento das demandas dos usuários do sistema de saúde. As experiências avançadas existentes no Brasil já foram expostas, dessa forma, no tópico seguinte voltamos a atenção aos arranjos de resolução extrajudicial dos conflitos de saúde nos Estados Unidos, paradigma de comparação que temos utilizado ao longo da tese e que se faz especialmente importante nesse momento.

Conforme destaca Perlingeiro, os sistemas jurídicos de *common law*, em especial o norte-americano, representam um paradigma de atuação “quase-judicial” da Administração Pública na resolução de conflitos por procedimentos administrativos, o que, algumas vezes, afasta a possibilidade de controle jurisdicional¹³⁶⁰. Não à toa, nos referidos sistemas não se encontra judicialização da saúde no patamar que se vivencia no Brasil.^{1361,1362}

Assim, nos voltamos, no tópico seguinte para uma exposição descritiva da judicialização da saúde nos Estados Unidos, com foco nos arranjos institucionais de resolução de litígios em âmbito extrajudicial. A avaliação da experiência estadunidense nos auxiliará, em momento seguinte, na formulação de nossas propostas.

2. Judicialização da Saúde nos Estados Unidos

2.1. Relevância e limites do judicial review na resolução dos litígios de saúde

O uso de estratégias de litígio para obter avanços nas políticas públicas é prática constante no cenário político dos Estados Unidos. Os litígios, em âmbito

¹³⁶⁰ PERLINGEIRO, R.. Desjudicializando as políticas de saúde? **Revista Acadêmica** v. 86, n. 2, 2015, p. 6.

¹³⁶¹ Ibidem, p. 6.

¹³⁶² Para estudo sobre a judicialização da saúde em outro sistema de *common law* – o sistema inglês –, conferir: WANG, D. W. L.. **Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?**: the judicial review of rationing decisions in brazil and England. 2013. Tese – *London School of Economics*, Londres, 2013, pp. 115-223.

administrativo ou judicial, são dos mais importantes instrumentos de “*advocacy*”¹³⁶³ em prol da garantia e implementação de direitos sociais. Tais práticas tem especial destaque no campo da saúde, o que pode ser explicado pela dificuldade enfrentada em obter transformações na área por intermédio do processo legislativo¹³⁶⁴. Elas representam, nesse contexto, instrumentos de participação de indivíduos e de organizações interessadas no desenvolvimento de políticas públicas de saúde, mas que se encontram em desvantagem no balanço da competição de interesses na esfera política norte-americana.¹³⁶⁵

O uso da judicialização¹³⁶⁶ e de outros instrumentos de *advocacy* como forma de obter acesso ou questionar as políticas públicas de saúde se estabeleceu logo após a criação dos programas *Medicaid* e *Medicare* em 1965¹³⁶⁷. Um marco da litigância se deu com a decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Goldberg v. Kelly*¹³⁶⁸, julgado em 1970, no qual foi estabelecida a observância da cláusula constitucional do *due process* a previamente a extinção de benefícios sociais e, como resultado, as Cortes foram cada vez mais envolvidas no monitoramento para que os tratamentos ofertados pelos programas *Medicaid* e *Medicare* não fossem interrompidos arbitrariamente¹³⁶⁹. A judicialização se desenvolveu ainda mais com o movimento de aumento populacional acompanhado pelos crescentes custos dos

¹³⁶³ A palavra inglesa “advocacy” é amplamente utilizada para referenciar a defesa articulada de interesses na esfera pública por ações de pessoas, grupos ou organizações sociais voltadas a atingir determinado objetivo, resolver problemas públicos ou promover a defesa de direitos.

¹³⁶⁴ JACOBSON, P. D.; SOLIMAN, S.. Litigation as public health policy: theory or reality?. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 30, n. 2, 2002, p. 224.

¹³⁶⁵ GOROVITZ, E.. Public Health and Politics: Using the Tax Code to Expand Advocacy. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 45, n. 1, 2017, p. 24-26.

¹³⁶⁶ Importante destacar que a literatura norte-americana não utiliza o termo judicialização ou sua tradução literal “*judicialization*” para se refere aos litígios em saúde, administrativos ou judiciais. O termo genérico utilizado é *litigation* ou *health litigation*. Muito comum também é a menção aos procedimentos extrajudiciais específicos como os “*fair hearings*” e os “*administrative appeals*” ou ao controle jurisdicional desses procedimentos, o denominado “*judicial review*”. Assim, o utilizamos a expressão judicialização como forma de estabelecer diálogo entre o contexto brasileiro e o norte-americano.

¹³⁶⁷ NATIONAL HEALTH LAW PROGRAM. Reflections on 25 years of health law advocacy (1992). *Clearinghouse Review*, vol. 26(1), 1992, p. 112.

¹³⁶⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. Appeal 397 U.S. 254 (1970). *Goldberg v. Kelly*. Justice Brennan.

¹³⁶⁹ MANNING, S.; RANDAZZO, K. A. Leveling the playing field? Litigant success rates in health-care policy cases in the US Courts of Appeals. *Justice System Journal*, v. 30, n. 3, p. 245-253, 2009, p. 247.

serviços de saúde, pois a pressão no financiamento dos programas conduziu a limitação dos benefícios aos usuários.^{1370,1371}

Assim, a assistência jurídica desempenhava, já no início da década de 1970, importante papel na promoção da saúde. Tal atuação é bem ilustrada em artigo publicado em 1975 por Samuel Levine, no qual ele descreve a necessidade dos cidadãos, em diversas situações, contarem com a assistência jurídica para o acesso à saúde:

Todos eles têm uma necessidade em comum – um advogado, assistido por outros profissionais de saúde, que irá atuar como um defensor para representá-los como indivíduos ou como uma classe para proteger seus direitos (constitucionais, estatutários, judiciais e administrativos), levar a juízo ações para garantir esses direitos, representá-los em oitivas e procedimentos administrativos; e lutar por mudanças na oferta dos serviços do sistema de saúde. (Tradução livre)¹³⁷²

Desde então, a judicialização da saúde nos Estados Unidos tem sido relevante para: a garantia de acesso de indivíduos aos tratamentos que necessitam¹³⁷³; a formulação de políticas públicas para grupos específicos¹³⁷⁴; a definição de questões estruturais do sistema de saúde¹³⁷⁵. Assim, diversamente do que ocorreu no Brasil, onde a judicialização da saúde ganhou destaque na década

¹³⁷⁰ Ibidem, p. 247.

¹³⁷¹ No mesmo sentido, conferir: NATIONAL HEALTH LAW PROGRAM. *Op. cit.*, p. 110-111.

¹³⁷² “They all have a common need - for a lawyer, supported by other health care professionals, who will act as an advocate to represent them as individuals or as a class, to protect their rights (constitutional, statutory, judicial and administrative), bring court actions to enforce those rights, represent them in administrative hearings and proceedings; and fight for changes in the health care delivery system”. (LEVINE, S.. Health Advocacy: The Lawyer's Role. **New York State Bar Journal**, vol. 47(4), Jun 1975, p. 270).

¹³⁷³ Exemplo nesse sentido foi o ajuizamento, ainda na década de 1990, de ações judiciais em face dos programas Medicaid e Medicare para garantir acesso de pacientes aos serviços de *home care*. Conferir: LOCK, S. L.; SIEMON, D.. Litigation Strategies for Medicare and Medicaid Home Health Coverage. **Clearinghouse Review**, v. 34, 2000, p. 326.

¹³⁷⁴ É o caso dos litígios que, na década de 1990, se voltaram para a proteção da saúde de pessoas infectadas com AIDS e de dependentes químicos (Conferir: NATIONAL HEALTH LAW PROGRAM. *Op. cit.*, p. 116). Atualmente, exemplo importante é a demanda por incorporação de novos medicamentos que promovem a cura da Hepatite C. Conferir: **Wider access to hep C drugs is humane and pragmatic**, The Boston Globe, 29 jul. 2016. Editorial. Disponível em <<https://www.bostonglobe.com/opinion/editorials/2016/07/28/wider-access-hep-drugs-humane-and-pragmatic/ZwIVXSEBVobILMJUqmbOP/story.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹³⁷⁵ A expressão mais recente dessa tendência se observa nos seguidos julgamentos pela Suprema Corte dos Estados Unidos acerca de aspectos centrais do *Affordable Care Act* (Obamacare), conforme destacamos no item 3.2 do Capítulo 02 desta tese. A saber: *NFIB vs Sebelius*; *King v. Burwell*; e *Burwell v. Hobby Lobby Stores*.

de 2000, nos EUA a relação entre saúde e justiça é questão que há seis décadas desempenha papel relevante na definição da organização e funcionamento do sistema de saúde.

Além de ser uma prática mais sedimentada, a judicialização da saúde na experiência norte-americana também guarda outra característica diferente da brasileira: é menos concentrada no Poder Judiciário. Embora os aspectos estruturais do sistema de saúde permaneçam sendo questionados em ações de controle de constitucionalidade, o *judicial review* não figura como estratégia principal para promover mudanças específicas em políticas públicas ou para dirimir conflitos decorrentes de demandas individuais por cobertura de tratamentos.

O controle jurisdicional sobre as políticas públicas teve seu escopo limitado a partir da decisão da Suprema Corte dos EUA, em 1984, no paradigmático caso *Chevron*¹³⁷⁶. No referido precedente se estabeleceu que, na ausência de norma que disponha o contrário, os órgãos administrativos têm considerável liberdade na interpretação de suas regras definidoras e na construção de políticas públicas, desde que atuem de forma razoável. Em momento posterior, a Suprema Corte ampliou essa “deferência” às autoridades administrativas também para as interpretações normativas que não contrariam o disposto no texto legislativo¹³⁷⁷. No plano prático, os gestores públicos da saúde ganharam amplo espaço de atuação discricionária para definir as normas e construir as políticas públicas que julgarem necessárias para responder aos desafios da saúde pública sem receio de interferência das autoridades judiciais¹³⁷⁸. Isso porque a orientação jurisprudencial construída a partir do caso *Chevron* dispôs que o controle jurisdicional não implica na função de revisar o conteúdo substantivo das políticas definidas pelos órgãos públicos¹³⁷⁹. De fato, desde então a Suprema Corte e os Tribunais recursais têm

¹³⁷⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. *Certiorari* 467 U.S. 837 (1984) *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council*. Justice John Paul Stevens.

¹³⁷⁷ KINNEY, E. D.. Administrative law and the public's health. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 30, n. 2, p. 212-223, 2002, p. 218.

¹³⁷⁸ *Ibidem*, p. 218.

¹³⁷⁹ KINNEY, E. D.. The Role of Judicial Review Regarding Medicare and Medicaid Program Policy: Past Experience and Future Expectations. **Saint Louis University Law Journal**, v. 35, n. 4, p. 759-792, 1991, p. 788.

baseado decisões que mantêm os termos de políticas públicas dos programas Medicaid e Medicare no fundamento de que a orientação jurisprudencial do caso *Chevron* impede a revisão dos méritos de uma política pública para além do que está disposto na legislação de referência.¹³⁸⁰

No plano da saúde pública, a visão mais restritiva do controle jurisdicional das políticas públicas tem sido reafirmada pela Suprema Corte dos EUA em diversos casos, de forma que a possibilidade de “aplicação privada” (*private enforcement*) foi eliminada em diversas áreas importantes do direito sanitário¹³⁸¹. Essa tendência foi mantida pela Suprema Corte dos EUA em 2015, no julgamento do caso *Armstrong v. Exceptional Child Center*.

No referido precedente, por maioria de 5-4 votos, considerou-se que os particulares (indivíduos ou grupos) não têm direito de ação para questionar a alteração de políticas públicas do programa *Medicaid* com base em critérios de equidade, ou seja, foi rejeitado o denominado “*private enforcement*” das regras do programa. No caso, demandava-se em juízo o reajuste da tabela de reembolso pelos tratamentos médicos prestados aos beneficiários dos *Medicaid*. O relator do caso, o então magistrado Antonin Scalia, dispôs claramente que alterações no pagamento dos serviços devem advir de iniciativa da gestão do programa, e não de definição das Cortes¹³⁸². Ao seguir o relator, o magistrado Stephen Breyer acrescentou que a intervenção jurisdicional no caso poderia ter como consequência “crescente litigância, resultados inconsistentes, e administração desordenada de programas federais altamente complexos que demandam consulta pública, orientação administrativa e coerência para seu sucesso” (Tradução livre).¹³⁸³

¹³⁸⁰ Ibidem, p. 791.

¹³⁸¹ MONCRIEFF, A. R. The Supreme Court's Assault on Litigation: Why (and How) It Might Be Good for Health Law. **Boston University Law Review**, v. 90, 2010, p. 2.325.

¹³⁸² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. 135 S. Ct. 1378 (2015). Richard Armstrong v. Exceptional Child Center. Justice Scalia. Voto, item III.

¹³⁸³ “(...) increased litigation, inconsistent results, and disorderly administration of highly complex federal programs that demand public consultation, administrative guidance and coherence for their success”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos EUA. 135 S. Ct. 1378 (2015). Richard Armstrong v. Exceptional Child Center. Justice Breyer. Voto)

A postura da Suprema Corte tem contrariado parte da academia norte-americana¹³⁸⁴, todavia, corrobora visão daqueles que consideram o *judicial review* meio pouco efetivo para buscar mudanças específicas nas políticas públicas de saúde, pois o controle viria em momento tardio do conflito e, além disso, representaria instrumento muito dispendioso para prover proteção para um rol mais amplo de partes prejudicadas.^{1385,1386,1387}

Em suma, embora se reconheça a importância do controle jurisdicional, ele é tratado como uma forma secundária de garantia de acesso aos serviços de saúde ou de revisão das políticas públicas. Daí fazer sentido o registro de Ricardo Perlingeiro quando afirma que a intensidade da judicialização nos EUA não se compara ao grande quantitativo de demandas se que observa atualmente no Brasil. Ocorre que tal comparação deve ser melhor contextualizada.

No cenário norte-americano, de fato, o *judicial review* está muito distante da intensidade hoje observada nos tribunais brasileiros. Exceção deve ser feita apenas aos debates sobre a constitucionalidade das normas estruturantes das políticas públicas, que é frequente lá e cá. Ocorre que o controle jurisdicional nos EUA se dá de forma mais episódica por constituir meio complementar ao conjunto estruturado de resolução de litígios na esfera administrativa, tanto que, em regra, o *judicial review* apenas se torna disponível após esgotada a via administrativa¹³⁸⁸. Essa é uma característica distintiva fundamental que distingue a judicialização nos EUA da existente no Brasil: a existência de um conjunto organizado de procedimentos e processos administrativos para solicitar a reconsideração de atos administrativos e

¹³⁸⁴ MONCRIEFF, A. R. , op. cit., p. 2326.

¹³⁸⁵ KINNEY, E. D. The Role of Judicial Review Regarding Medicare and Medicaid Program Policy: Past Experience and Future Expectations. **Saint Louis University Law Journal**, v. 35, n. 4, p. 759-792, 199, p. 760-761 e 792.

¹³⁸⁶ Em sentido semelhante, Timothy Jost destaca que o “private enforcement” no âmbito do direito público tem sido criticado por distorcer prioridades, encorajar litígios dispendiosos e diminuir a segurança jurídica (JOST, T. S.. *Health Law and Administrative Law: A Marriage Most Convenient*. **Saint Louis University Law Journal**, vol. 49, 2004, p. 30).

¹³⁸⁷ Abigail Moncrieff também considerada “sábia” a mudança dos instrumentos de garantia das políticas de saúde dos Tribunais para as agências governamentais. Elas entende que recriar direitos privados de ação não constituiria a melhor solução para suprir a falta de instrumentos de *enforcement* em algumas áreas das políticas públicas de saúde (MONCRIEFF, A. R. , op. cit., p. 2330).

¹³⁸⁸ GODOY, A. S. M.. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri, SP: Editora Manole, 2004, p. 120.

apresentar recursos contra eventuais negativas. Como destaca Timothy Jost, se os milhões de pedidos e recursos administrativos do programa *Medicare* fossem levados às cortes judiciais, elas seriam rapidamente sobrecarregadas.¹³⁸⁹

No próximo tópico, é exatamente para esse conjunto de procedimentos administrativos que nos voltamos. O objetivo é buscar na avaliação dessa prática institucional norte-americana elementos para aperfeiçoar nossa capacidade de análise e proposição de alternativas ao atual cenário da judicialização no Brasil.

2.2. Instrumentos de solução dos conflitos em âmbito administrativo: o exemplo do programa Medicare

As agências públicas¹³⁹⁰ norte-americanas se destacam por reunirem atribuições para impor regras e dirimir conflitos, de forma que em seu âmbito coexistem as funções legislativa e adjudicatória com as atribuições relacionadas a sua natureza administrativa¹³⁹¹. A valorização do processo administrativo acompanhou a evolução da Administração Pública norte-americana durante o século XX e tem se caracterizado como um instrumento de reforma política e econômica¹³⁹². No presente tópico, nos interessa o instrumental criado para a atividade adjudicativa no âmbito administrativo, mas especificamente aquele voltado aos litígios de saúde.

Historicamente, as agências públicas de saúde têm recebido amplos poderes normativos e adjudicatórios¹³⁹³. Vale ressaltar, contudo, que os procedimentos específicos para o âmbito sanitário são reflexo de um conjunto mais amplo de regras de *due process* em matéria administrativa, que incluem a realização de requerimentos, audiências (*hearings*), atuação de juízes administrativos (*administrative law judges*), instrução de processos, recursos administrativos

¹³⁸⁹ JOST, T. S.. Health Law and Administrative Law: A Marriage Most Convenient. **Saint Louis University Law Journal**, vol. 49, 2004, p. 18.

¹³⁹⁰ No contexto norte-americano, considera-se agência pública todo órgão do governo que não seja militar e não pertença aos poderes Legislativo ou Judiciário (GODOY, A. S. M., op. cit., p. 115).

¹³⁹¹ Ibidem, p. 115-116

¹³⁹² JAFFE, L. L.. **Judicial control of administrative action**. Little, Brown, 1965, p. 3.

¹³⁹³ KINNEY, E. D. Administrative law and the public's health. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 30, n. 2, pp. 212-223, 2002, p. 216-217.

(*administrative appeals*), entre outros procedimentos¹³⁹⁴. A criação de um instrumental jurídico para dirimir de forma justa e eficiente os conflitos decorrentes dos programas sociais se tornou preocupação central dos juristas administrativistas desde a “*due process revolution*” ocorrida nos anos de 1970¹³⁹⁵ a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Goldberg v. Kelly*.

A resolução em âmbito administrativo ganha especial relevância nos EUA em razão dos limites existentes ao *judicial review*. Ao contrário do que ocorre no Brasil, o acesso à justiça para exercer um direito subjetivo não está disponível a qualquer tempo e, em algumas situações, sequer é reconhecido o direito de ação. Os estatutos jurídicos podem definir que determinados direitos estão excluídos do controle jurisdicional, embora a disponibilidade desse instrumento permaneça como regra.¹³⁹⁶

Mesmo quando está disponível, o controle jurisdicional se dá apenas sobre a decisão final de determinada agência, o que, regra geral, significa a exigência de prévio esgotamento dos remédios administrativos e de “maturidade” da causa^{1397,1398}. Assim, pedidos de intervenção judicial deduzidos sem prévia requisição administrativa ou enquanto essa está em andamento regular, sofrerão negativa de apreciação pelo Judiciário¹³⁹⁹. Tal sistemática se justifica pela preocupação com a economia no uso dos recursos administrativos e judiciais¹⁴⁰⁰. Ela também reflete, especialmente no campo da saúde, a visão de que o processo estabelecido para resolver disputas contribui para, gradualmente, moldar o próprio

¹³⁹⁴ JAFFE, L. L.. *Op. cit.*, p. 118-120.

¹³⁹⁵ KINNEY, E. D. In Search of Bureaucratic Justice—Adjudicating Medicare Home Health Benefits in the 1980s. **Administrative Law Review**, p. 251-303, 1990, p. 251.

¹³⁹⁶ KINNEY, E. D., **Administrative Law of Health Care in a nutshell**. Saint Paul/MN: West Academic Publishing, 2017, p. 96-97.

¹³⁹⁷ *Ibidem*, p. 99-101.

¹³⁹⁸ Para uma análise detalhada dos requisitos que envolvem a definição do momento adequado para o *judicial review*, conferir: WERHAN, K.. **Principles of Administrative Law**. Saint Paul/MN: West Academic Publishing, 2014, p. 325-340.

¹³⁹⁹ GODOY, A. S. M.. *Op. cit.*, p. 120.

¹⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 120.

funcionamento da política pública¹⁴⁰¹ e reforçar escolhas alocativas relacionadas a expansão de gastos e de cobertura.¹⁴⁰²

Diante de tal contexto, o aprimoramento de procedimentos administrativos para garantir o acesso dos usuários dos programas públicos de saúde tem sido preocupação frequentemente externada, inclusive em âmbito acadêmico. Apesar da existência, desde a década de 1970, de procedimentos para audiência (*fair hearings*) das reclamações apresentadas por usuários, já na década de 1990 se apresentavam críticas à deficiência dos instrumentos para garantir acesso^{1403,1404}. Nesse sentido, Margaret Farrel ressalta que, ao concentrarem-se no direito material, os formuladores das políticas públicas de saúde estavam deixando de dar atenção aos procedimentos de acesso¹⁴⁰⁵. A autora considerava tal postura equivocada, pois entendia que tais procedimentos também devem ser consistentes com os valores que as reformas no sistema de saúde pretendem promover¹⁴⁰⁶. Tal avaliação era compartilhada com outros pesquisadores, como Eleanor Kinney, que apontava que os litígios têm sua origem na insatisfação dos beneficiários com a estruturação inadequada das políticas públicas.¹⁴⁰⁷

A despeito das eventuais deficiências da atividade adjudicativa das agências, os conflitos decorrentes de negativa, redução ou interrupção de cobertura dos serviços dos programas *Medicaid* e *Medicare* seguiram se desenvolvendo em todo o país¹⁴⁰⁸, com significativa participação da assistência jurídica às demandas

¹⁴⁰¹ FARRELL, M. G.. The Need for a Process Theory: Formulating Health Policy through Adjudication. **Journal of Law and Health**, v. 8, n. 1, 1993, p. 201-202.

¹⁴⁰² KINNEY, E. D.. Medicare Coverage Decision-Making and Appeal Procedures: Can Process Meet the Challenge of New Medical Technology?. **Washington and Lee Law Review**, v. 60, n. 4, 2003, p. 1509-1510.

¹⁴⁰³ FARRELL, M. G.. *Op. cit.*, p. 201 *et seq.*

¹⁴⁰⁴ KINNEY, E. D. *Op. cit.*, 1990, p. 252.

¹⁴⁰⁵ FARRELL, M. G.. *Op. cit.*, p. 202-203.

¹⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 203.

¹⁴⁰⁷ KINNEY, E. D. *Op. cit.*, 1990, p. 303.

¹⁴⁰⁸ LOCK, S. L.; SIEMON, D.. Litigation Strategies for Medicare and Medicaid Home Health Coverage. **Clearinghouse Review**, v. 34, 2000, p. 318.

individuais dos beneficiários em seus recursos administrativos contra negativas de cobertura.¹⁴⁰⁹

Os esforços voltados ao aprimoramento da atividade adjudicativa das agências conduziu à estruturação de um sofisticado, embora complexo, sistema de recursos administrativos para a saúde. Tanto o Medicare quanto o Medicaid possuem regras específicas para que os beneficiários possam contestar decisões administrativas e as próprias políticas. No caso do Medicare, os procedimentos estão previstos em lei federal e, assim, tendem a seguir o mesmo padrão. Já no programa Medicaid, por ser uma política de base estadual, os procedimentos dependem de regulação local¹⁴¹⁰. Por tal razão, utilizamos como exemplo os procedimentos voltados ao *Medicare*.

O *Social Security Act* (Título XVIII, Seção 1869) estabelece um conjunto de procedimentos uniformes de **cinco estágios** para o programa *Medicare*¹⁴¹¹, que é regulado pela agência responsável pelo referido programa (Centers for Medicare & Medicaid Services - CMS)¹⁴¹². Os cinco estágios são: 1) redeterminação pelo prestador de serviço contratado (*Medicare Administrative Contractor*); 2) reconsideração por prestador qualificado independente (*Qualified Independent Contractor*); 3) audiência com um juiz administrativo vinculado ao Escritório de Audiências e Recursos do Medicare (*Office of Medicare Hearings and Appeals*), um órgão do Departamento de Saúde norte-americano; 4) Revisão pelo Conselho de Recursos do *Medicare* (*Medicare Appeals Council*); e 5) *judicial review* por Juiz Federal.¹⁴¹³

¹⁴⁰⁹ KINNEY, E. D. Medicare Coverage Decision-Making and Appeal Procedures: Can Process Meet the Challenge of New Medical Technology?. *Washington and Lee Law Review*, v. 60, n. 4, p. 1461, 2003, p. 1492.

¹⁴¹⁰ KINNEY, E. D., **Administrative Law of Health Care in a nutshell**. Saint Paul/MN: West Academic Publishing, 2017, p. 333.

¹⁴¹¹ Vale ressaltar os procedimentos previstos no *Social Security Act* se destinam apenas as partes A e B do *Medicare*, ou seja, a cobertura dos serviços em regime hospitalar e ambulatorial.

¹⁴¹² GUSTAFON, J. L.; PENDLETON, A.. **What are Medicare Appeals?**. Chicago: American Bar Association, Health Law Section, 2015, p. 25.

¹⁴¹³ KINNEY, E. D. *Op. cit.*, 2017, p. 338.

Para um usuário que se sinta prejudicado, a dinâmica desse conjunto de procedimentos implica na oferta de vários graus de recursos, com nível crescente de formalidade. O primeiro estágio, a **redeterminação**, perfaz um pedido simples de avaliação do fornecimento de determinada cobertura por parte do prestador de serviços. A única formalidade é a existência de um prazo de 120 dias a partir da ciência do posicionamento inicial do prestador. Em caso de uma negativa, o beneficiário pode apresentar um pedido de **reconsideração**, que será analisado por outro prestador de serviços. Nesse segundo estágio, o usuário deve apresentar todos documentos e evidências à sua disposição para provar que sua requisição está correta, sob pena de não poder fazê-lo posteriormente sem uma justa causa. Em se tratando de uma necessidade de tratamento médico específico que foi negado, deve ser designado um grupo de médicos (ou profissionais de saúde adequados) para realizar uma revisão da indicação terapêutica. O prazo para resposta nesses dois primeiros estágios é de 60 dias, findos os quais o usuário pode demandar que seu caso seja apreciado imediatamente pela instância subsequente.¹⁴¹⁴

Se a negativa não for reconsiderada, o beneficiário prejudicado pode seguir ao terceiro estágio e exigir **audiência com um juiz administrativo**, desde que sua demanda ultrapasse um valor mínimo estabelecido em regulamento (US\$ 140 em 2014). A decisão deve ser proferida em até 90 dias, com a possibilidade de extensão em casos específicos. A lentidão nas análises, contudo, é um problema antigo desse procedimento¹⁴¹⁵ que acaba por reproduzir em âmbito administrativo os trâmites típicos dos Tribunais¹⁴¹⁶. Em 2013, a interrupção na designação de juízes administrativos para a análise dos recursos conduziu a uma previsão de espera de até 2,5 anos entre a apresentação do recurso e a audiência pelo juiz administrativo¹⁴¹⁷. A situação conduziu a elaboração de projetos-piloto de uso de métodos alternativos de resolução de disputas. A partir de 2014, com o “crescimento

¹⁴¹⁴ GUSTAFON, J. L.; PENDLETON, A.. *Op. cit.*, p. 26-29.

¹⁴¹⁵ KINNEY, E. D. *Op. cit.*, 2003, p. 1484.

¹⁴¹⁶ KINNEY, E. D., **Administrative Law of Health Care in a nutshell**. Saint Paul/MN: West Academic Publishing, 2017, p. 45.

¹⁴¹⁷ GUSTAFON, J. L.; PENDLETON, A.. *Op. cit.*, p. 32.

sem precedentes” no número de recursos, os hospitais e clínicas prestadoras de serviços foram incluídos nos esforços de obter solução conciliada para os conflitos.¹⁴¹⁸

O passo final em âmbito administrativo se dá com eventual pedido de **revisão ao Conselho de Recursos do Medicare**. O referido conselho realiza uma nova avaliação do caso e, em situações específicas, o demandante pode solicitar sustentação oral perante o órgão. A revisão solicitada deve ser instruída e concluída em 90 dias. Superado tal período, o recorrente pode buscar imediatamente a via judicial.¹⁴¹⁹

Finalmente, superados os quatro estágios de resolução administrativa sem a composição do litígio, o beneficiário pode conduzir sua irrisignação ao **judicial review de uma Corte Federal**, desde que a causa ultrapasse determinado valor previsto em regulamento (US\$ 1340 em 2014).¹⁴²⁰

O conjunto de procedimentos que foi resumidamente exposto acima permite afirmar nos EUA existe intensa judicialização dos conflitos decorrentes da implementação e funcionamento das políticas públicas de saúde. A diferença fundamental em relação ao paradigma brasileiro é que, nos EUA, a litigância está concentrada em procedimentos administrativos. Estes variam de medidas mais informais junto aos prestadores dos serviços, como os pedidos de “redeterminação” e “reconsideração”, até medidas mais formais conduzidas sob uma jurisdição administrativa, no caso das audiências e da revisão pelo órgão colegiado. O modelo adotado apresenta interessantes pontos positivos que podem ser úteis na comparação com o contexto brasileiro, especialmente se levarmos em conta os diversos desafios que EUA e Brasil compartilham no campo da saúde.

O ponto positivo mais evidente é o reconhecimento de que o Poder Judiciário não é o único fórum para resolução de disputas, pois muitos outros meios eficazes

¹⁴¹⁸ Ibidem, p. 33-34.

¹⁴¹⁹ Ibidem, p. 35.

¹⁴²⁰ Ibidem, p. 36.

para atender as demandas dos pacientes¹⁴²¹. Outro ponto importante é que a combinação de requerimentos aos prestadores com a revisão por juízes administrativos já demonstrou bons resultados na análise de “pequenas causas” individuais, tendo em vista o caráter informal e não-adversarial desses instrumentos¹⁴²². Assim, a manutenção de procedimentos informais, expeditos, acessíveis e de baixo custo para garantir o acesso individual dos beneficiários do *Medicare* é considerada uma medida relevante¹⁴²³. Ademais, mesmo quando falham os instrumentos administrativos, a construção prévia do caso permite uma qualificação das controvérsias eventualmente levadas ao Poder Judiciário. Nesse sentido, Manning e Randazzo destacam que a frequência de “recursos frívolos” é substancialmente menor nos casos de saúde, e que isso permite aos magistrados analisar apenas questões importantes que realmente exigem a atuação jurisdicional¹⁴²⁴. Por fim, importante destacar que, nas demandas de saúde chegam ao Poder Judiciário, os pacientes têm obtido um bom padrão de sucesso, ao contrário do que normalmente ocorre no sistema judiciário norte-americano, que tende a beneficiar os litigantes com mais recursos (especialmente o governo) em detrimento de partes mais fracas.¹⁴²⁵

De outro lado, a demora para obter uma resposta administrativa e, conseqüentemente, para acessar o controle jurisdicional levanta mais questionamentos sobre a equidade do sistema de saúde norte-americano. Isso porque os procedimentos previstos para as demandas de usuários de planos privados são mais céleres e contam com a “quase imediata” possibilidade de revisão pelo Judiciário¹⁴²⁶. Um outro ponto de preocupação reside na isenção na análise

¹⁴²¹ FARRELL, M. G. The Need for a Process Theory: Formulating Health Policy through Adjudication. **Journal of Law and Health**, v. 8, n. 1, p. 201, 1993. p. 203.

¹⁴²² KINNEY, E. D. Medicare Coverage Decision-Making and Appeal Procedures: Can Process Meet the Challenge of New Medical Technology?. **Washington and Lee Law Review**, v. 60, n. 4, 2003, p. 1507.

¹⁴²³ Ibidem, p. 1509.

¹⁴²⁴ MANNING, S.; RANDAZZO, K. A. Leveling the playing field? Litigant success rates in health-care policy cases in the US Courts of Appeals. **Justice System Journal**, v. 30, n. 3, p. 245-253, 2009, p. 247.

¹⁴²⁵ Ibidem, p. 252.

¹⁴²⁶ DEJONKER, J. J.. Medicare Appeals and Interpretation: Meeting the Reasonable Expectations of Medicare Users Through a Comparison to Private Health Insurance. **The Elder Law Journal**, v. 8, 2000, p. 104.

dos recursos administrativos, tendo em vista que, em todos os casos, as autoridades responsáveis por decidir estão de alguma forma vinculadas à Administração Pública e, presumivelmente, estão em sintonia com a missão, as práticas e políticas da respectiva agência.¹⁴²⁷

Por fim, vale salientar que, apesar dos diversos instrumentos de garantia de direitos existentes em âmbito administrativo e judicial, eles não substituem o debate político voltado à transformação do sistema de saúde norte-americano. Podem, contudo, representar via alternativa – ou até a única via – para forçar a deliberação de determinados assuntos que não encontram espaço na agenda pública. Em suma, a judicialização é, sim, uma alternativa para viabilizar demandas por saúde no contexto dos EUA, mas possui limitações e desempenha papel complementar às estratégias mais amplas de transformação das políticas públicas de saúde.¹⁴²⁸

3. Propostas para avanços institucionais na judicialização da saúde

No presente capítulo, foi realizado o mapeamento das experiências institucionais avançadas em âmbito nacional e apresentado, em breves linhas, o interessante paradigma norte-americano para resolução dos litígios em saúde. No presente tópico buscamos colaborar na construção de iniciativas que possam reorientar, em âmbito institucional, a judicialização da saúde. Inicialmente, expomos um conjunto de diretrizes e pressupostos para dar sentido à reorientação propostas. Em seguida, apontamos alguns desafios na implementação dessas medidas. Na parte final, formulamos sugestões de iniciativas específicas que poderiam ser adotadas para avançar na garantia do acesso individual dos usuários do SUS e na construção de soluções coletivas para as deficiências do sistema.

¹⁴²⁷ KINNEY, Eleanor D., **Administrative Law of Health Care in a nutshell**. Saint Paul/MN: West Academic Publishing, 2017, p. 49 e 56 *et seq.*

¹⁴²⁸ JACOBSON, P. D.; SOLIMAN, S.. Litigation as public health policy: theory or reality?. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 30, n. 2, 2002, p. 224 e 235.

3.1. Diretrizes para os avanços institucionais

O problema central desenvolvido na presente pesquisa diz respeito a imaginar os caminhos para transformar a judicialização da saúde em favor do desenvolvimento institucional do SUS e da redução da desigualdade de acesso aos serviços de saúde dos cidadãos das classes populares.

Para alcançar tal intento, entendemos que a primeira diretriz a ser adotada é **valorizar a tutela individual dos interesses dos usuários do SUS**. Ao contrário do que afirma ampla maioria da produção acadêmica sobre o tema, a tutela judicial coletiva não é instrumento suficiente para trazer aos cidadãos garantias institucionais de efetivo acesso aos serviços do SUS, em tempo e modo adequados¹⁴²⁹, especialmente em situações que implicam alguma urgência¹⁴³⁰. Como destacamos no primeiro capítulo, as assimetrias de acesso são profundas e os obstáculos para atendimento assumem variados aspectos desde a concepção até a implementação das políticas públicas. Confiar apenas aos instrumentos de tutela judicial coletiva a garantia do direito à saúde relegará à omissão incontáveis situações peculiares que impõem, diariamente, barreiras de acesso intransponíveis aos cidadãos das classes populares. Devemos, a todo custo, evitar a “dupla exclusão” mencionada por Ingo Sarlet¹⁴³¹, ou seja, a situação em que o cidadão se vê destituído tanto do acesso à saúde quanto dos instrumentos jurídicos para garantir esse acesso negado.

¹⁴²⁹ Nesse sentido, destacamos a colocação de Ricardo Perlingeiro: “O sistema brasileiro de ações coletivas não é adequado nem eficaz proteção dos direitos subjetivos públicos e, conseqüentemente, dos direitos de saúde” (PERLINGEIRO, R.. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 41, pp. 184-203, 2012, p. 200).

¹⁴³⁰ Sobre a questão, sublinhamos outras colocação de Ricardo Perlingeiro: “(...) seria contrário à noção de tutela judicial efetiva que a execução de uma decisão judicial que reconhecesse o direito à internação ficasse condicionada à judicialização prévia das políticas públicas, aguardando-se um novo critério de regulação para uso dos leitos, a contratação de médicos ou a construção de hospitais” (PERLINGEIRO, Ricardo. Desjudicializando as políticas de saúde? **Revista Acadêmica** v. 86, n. 2, 2015. p. 9).

¹⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal **O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário**. Ingo W. Sarlet, p. 6. . Notas taquigráficas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf>

Uma segunda diretriz é **reconhecer o caráter estrutural, e não apenas episódico, de organizar os meios de acesso individual**. Dessa forma, as demandas individuais podem ser aproveitadas como fontes de avaliação da performance das políticas públicas implementadas, de forma a corrigir erros na execução das políticas ou, até, reorientar sua elaboração. Em suma, deve-se **conectar o atendimento do individual à resolução do coletivo**.

Em terceiro lugar, **é necessário dar prioridade às soluções institucionais em detrimento de soluções hermenêuticas e semânticas** tão em voga no pensamento jurídico nacional. Se a análise jurídica e as instituições do sistema de justiça pretendem colaborar para a realização plena do projeto inaugurado pela Constituição de 88, devem ir além de estabelecer a “melhor face do direito” para o campo da saúde. Faz-se necessário superar a tendência humanizadora – dominante no pensamento jurídico – que compreende o direito como um repositório de princípios impessoais destinados à consecução do interesse público¹⁴³². Especificamente no plano da judicialização da saúde, é essencial abandonar debates construídos exclusivamente no plano semântico como, por exemplo, a invocação da cláusula da reserva do possível ou a garantia do mínimo existencial. A oposição feita entre tais construções hermenêuticas tem permanecido apenas no campo teórico, mesmo quando invocado em um litígio concreto analisado em Juízo.^{1433,1434}

Não devemos, portanto, depositar nossas aspirações de diminuir a influência de grupos privilegiados e de defender os interesses dos grupos menos

¹⁴³² UNGER, R. M.. *op. cit.*, p. 15-16.

¹⁴³³ Conferir: SANT’ANA, R. N.. **A Saúde aos Cuidados do Judiciário**: A Judicialização das Políticas Públicas de Assistência Farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF. 2009. Dissertação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2009, p. 120-122.

¹⁴³⁴ Outra crítica importante a ideia de reserva do possível diz respeito a aplicação desse conceito no Brasil que, segundo Andreas Krell, não poderia ser realizada da mesma forma como ocorre na Alemanha, país no qual foi desenvolvido. Segundo Krell, “é questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países ‘centrais’ do chamado Primeiro Mundo com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes” (KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 51).

representados na arena política em um conjunto de concepções ideais¹⁴³⁵ reunidas no texto constitucional. Por melhor que seja a redação dada a tais princípios – e à técnica hermenêutica para sua interpretação – a efetiva universalização do direito à saúde e, especialmente, do acesso à saúde, demanda amplo avanço institucional ainda não alcançado.

Para contribuir com tal intento, a partir da perspectiva do direito e das ferramentas que ele oferece, é que a presente pesquisa se debruçou sobre diversos aspectos envolvidos na concepção do sistema de saúde brasileiro, especialmente das práticas sociais a ele subjacentes¹⁴³⁶. No percurso realizado ao longo da tese, buscou-se identificar as correspondências entre os diversos aspectos da injustiça característica do sistema de saúde brasileiro com o processo histórico que culminou na “americanização” desse sistema.

O aprofundamento no tema permitiu melhor compreender os aspectos centrais da contradição, no Brasil, entre o modelo constitucional e a realidade institucional na saúde. Dentre esses aspectos sobressai-se a injustiça como traço mais marcante. Ora, se há injustiça e há expectativa de direito, ao cidadão ou ao grupo prejudicado devem ser garantidos instrumentos democráticos para dissentir e, tanto quanto possível, participar na construção das alternativas para reconciliar seus interesses com os padrões de acesso estabelecidos pelo Estado¹⁴³⁷. Ocorre que esta não é a tendência que se observa na Administração Pública, pois a burocracia tende a insular-se em seus padrões. Como destaca Unger:

A motivação básica do alto escalão burocrata permanece sempre a mesma em toda parte: assegurar a maior liberdade de ação possível ao seu próprio racionalismo instrumental e limitar o arbítrio dos outros grupos, seja restringindo-os ao formalismo das regras, seja

¹⁴³⁵ UNGER, R. M.. *op. cit.*, p. 16.

¹⁴³⁶ Sobre a importância da adoção dessa perspectiva pelos juristas, conferir: UNGER, R. M.. **The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task**. Cambridge/Londres: Verso, 2015, p. 81 *et seq.*

¹⁴³⁷ Unger, ao analisar a importância do pluralismo entre as democracias, afirma que no ambiente democrático o indivíduo deve ter “poderes tanto para participar quanto para dissentir” (UNGER, R. M. **O que a esquerda deve propor**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008, p. 16-17).

reduzindo o número de meios à disposição destes últimos para fins preestabelecidos.¹⁴³⁸

A tendência da burocracia a buscar autonomia em suas próprias regras, não se restringe apenas ao “alto escalão”. Conforme detalhamos no Capítulo 01, item 2.2.2.2, há também questões importantes na interação entre os usuários do SUS e os “burocratas de nível de rua”. Uma das principais questões é a tensão que se estabelece entre a visão do “cliente” – que avalia suas necessidades como problemas individuais que demandam tratamentos específicos – e a atuação da burocracia – que tende a enquadrar os problemas individuais em categorias de ação e componentes de agregação.¹⁴³⁹

Ao analisar tal questão, concluímos que é necessário reconhecer e endereçar soluções para os aspectos negativos que podem surgir no processo de interação dos profissionais de saúde com os pacientes, em especial aqueles das classes populares. Se não forem ofertadas alternativas ao cidadão, a injustiça que se observa no nível interpessoal pode comprometer ainda mais o acesso aos serviços de saúde e, assim, contribuir para a perpetuação do contexto estrutural e institucional de precarização.

Observa-se, portanto, que é imperioso pensar na judicialização também em seu aspecto individual, mas não só para limitá-la, como têm feito seus críticos, mas para aprimorá-la. Vimos, contudo, que esse aspecto individual é duramente criticado em âmbito institucional e acadêmico, e isso tem comprometido a formulação de soluções que respondam de forma adequada a tendência de individualização dos litígios. Tal atitude contrasta com o que observamos na experiência norte-americana que, ao invés de buscar suprimir as demandas individuais, traz para o seio da Administração Pública a responsabilidade de avaliar

¹⁴³⁸ UNGER, R. M.. **O direito na sociedade moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 201.

¹⁴³⁹ LOTTA, G. S.. **Burocracia e Implementação de Políticas de Saúde: os agentes comunitários na Estratégia de Saúde da Família**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015, p. 44.

as reclamações dos usuários e dirimir, com as ferramentas que o direito oferece, os conflitos que surgem no âmbito das políticas públicas de saúde.

Vale ressaltar, contudo, que as críticas às “demandas individuais” e a sua grande repercussão são compreensíveis na medida em que reiteradamente invocam o argumento da equidade, que é tão caro para todos nós. Tal narrativa é convincente, pois o uso da atividade adjudicativa para realizar intervenções e correções na realidade com base em princípios como a igualdade, equidade ou igual proteção deixa uma impressão de arbitrariedade seletiva, pois “a cada situação corrigida, parece existir outra similar a ela que foi deixada intocada”.¹⁴⁴⁰

Ocorre que muitas das críticas ostensivamente preocupadas com a equidade¹⁴⁴¹ retratam as demandas individuais como a antítese de uma suposta necessidade coletiva e, assim, as lutas e esperanças de pessoas reais não encontram espaço para se manifestar¹⁴⁴². Nesse contexto, pessoas de carne e osso têm suas necessidades ignoradas no suposto benefício de uma coletividade não identificada¹⁴⁴³. Ao adotar essa visão estreita, muitos dos críticos da judicialização da saúde deixam de reconhecer que ela pode representar a necessidade premente de corrigir falhas dos canais administrativos disponíveis para as pessoas e, assim, representar fonte de evidências empíricas de como melhorar os sistemas de saúde¹⁴⁴⁴. Uma abordagem mais centrada nas pessoas pode levar a reconhecer

¹⁴⁴⁰ UNGER, R. M.. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1986, p. 74 (livre tradução). Texto original: “for every situation corrected, there seems to exist another similar to it that is left untouched”.

¹⁴⁴¹ Para um exemplo bem ilustrativo, conferir: FERRAZ, O. L. M.; WANG, D. W. L.. **As duas portas do SUS. Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 jun. 2014. Tendências e Debates. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/06/1472761-octavio-ferraz-e-daniel-wang-as-duas-portas-do-sus.shtml#_=_>. Acesso em: 20 jun. 2016.

¹⁴⁴² BIEHL, J. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health and Metamorphosis of Biopolitics. **Lua Nova**. n.98, pp.77-105, 2016., p. 91.

¹⁴⁴³ Essa postura é peculiar em razão de o comportamento mais comum ser exatamente o inverso, ou seja, privilegiar o atendimento das necessidades de pessoas reais em detrimento de coletividades não identificadas. Para um debate aprofundado da questão, conferir: COHEN, I. G.; DANIELS, N.; EYAL, N. M. (Ed.). **Identified versus statistical lives: an interdisciplinary perspective**. Oxford University Press, 2015.

¹⁴⁴⁴ BIEHL, J.. *op. cit.*, p. 91-92.

mudanças sociais que não necessariamente precisam passar pelos mecanismos distantes que definem as políticas de atuação do Estado.¹⁴⁴⁵

Assim, ao contrário do que se repete à exaustão, **valorizar as demandas de cada paciente e a individualização de suas necessidades é, sim, necessário.** Mais que um imperativo jurídico, é um caminho também adequado em termos de saúde pública. Nesse sentido, Mark Britnell destaca que, dentre todos os ingredientes para obter um sistema de saúde de alta qualidade, o mais importante deles é a participação do paciente de forma ativa na definição de seus cuidados¹⁴⁴⁶. O referido pesquisador acrescenta que, apesar da importância que a satisfação do paciente deveria ter, esse elemento recebe pouca atenção nos estudos comparativos internacionais e rankings entre países¹⁴⁴⁷. Em sentido semelhante, Salvatore Babones acrescenta que a forma mais produtiva de determinar como a desigualdade de renda em uma nação afeta a saúde da população é migrar as pesquisas para o nível de avaliação individual.¹⁴⁴⁸

A consideração das demandas individualizadas dos usuários do SUS, que deve ser uma preocupação do sistema de saúde, consubstancia-se também em tarefa do sistema de justiça na medida em que as falhas no acesso à saúde ficam cada vez mais evidentes e acentuadas. A dubiedade da atuação estatal, retratada ao longo dessa pesquisa, tem reforçado “a dualidade institucional do sistema de assistência à saúde, sugerindo a inexistência de um objetivo governamental de tornar realidade os dispositivos constitucionais”¹⁴⁴⁹. As ações mais recentes da gestão do SUS deixam isso muito claro à medida que se atua pela desregulação dos planos de saúde – através da criação de seguros de baixa cobertura e da revisão da Lei dos Planos de Saúde – e pela alteração (para pior) da bem-sucedida Estratégia de Saúde da Família – através da revisão da Política Nacional de

¹⁴⁴⁵ Ibidem, p. 92.

¹⁴⁴⁶ BRITNELL, M. **In Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015, p. 165.

¹⁴⁴⁷ Ibidem, p. 2.

¹⁴⁴⁸ BABONES, S. J.. Income inequality and population health: Correlation and Causality. **Social Science & Medicine**, vol. 66, n. 7, pp. 1614-1626, 2008, p. 1.625.

¹⁴⁴⁹ MENICUCCI, T. M. G.. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 292.

Atenção Básica (PNAB)¹⁴⁵⁰. O resultado mais provável desse aumento do nível de cobertura privada e comprometimento da atenção básica é o aumento do tamanho e do tempo de espera nas filas do sistema público, conforme sugerem pesquisas comparativas em âmbito internacional.¹⁴⁵¹

Todo esse cenário de recrudescimento da precarização dos serviços do SUS e da exclusão das classes populares impõem situações de extrema assimetria no acesso à saúde. Quando aumentam as desigualdades inaceitáveis como essa no seio da realidade social, cresce em igual proporção a necessidade de tratamento individualizado, afinal, “como quer que se defina, a justiça substantiva só poder ser alcançada mediante tratamento diferente a situações diferentes”.¹⁴⁵²

Os serviços públicos, notadamente aqueles voltados à proteção social, devem ser desenhados para atender as necessidades específicas dos seus beneficiários, daí não ser possível abdicar da oitiva e participação deles na definição de seu atendimento¹⁴⁵³. Isso vale tanto para a abordagem do indivíduo, quanto para a evolução da própria política pública, pois o monitoramento intensivo de casos individuais revela os problemas sistêmicos existentes¹⁴⁵⁴. Assim, a atuação do sistema de justiça, seja através da atividade judicial, seja pela atuação em âmbito extrajudicial, deve levar em conta a resolução de demandas coletivas, mas deve dar, ao menos, igual atenção aos litígios individuais.

A contribuição do sistema de justiça para a garantia do acesso à saúde deve, portanto, estar atenta às importantes diretrizes que destacamos no início do tópico: individualização do atendimento e das garantias de acesso, com garantias de

¹⁴⁵⁰ Sobre a questão conferir nota contrária à revisão da PNAB emitida em 27/07/2017 de forma conjunta pela Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco), Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes) e Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP/Fiocruz). Disponível em <<https://www.abrasco.org.br/site/noticias/posicionamentos-oficiais/contra-reformulacao-da-pnab-nota-sobre-revisao-da-politica-nacional-de-atencao-basica/29798/>>. Acesso em: 29 ago 2017.

¹⁴⁵¹ TUOHY, C. *et al.* How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**. Duke University Press. Vol.29 (3), pp.359-396, 2004, p. 374-375.

¹⁴⁵² UNGER, R. M.. **O direito na sociedade moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 208.

¹⁴⁵³ SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. **Georgetown Law Journal**, v. 100, 2011, p. 90.

¹⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 91.

participação do usuário na definição de seu tratamento; monitoramento das demandas individuais em prol da correção e aprimoramento das políticas públicas de forma a contemplar necessidades coletivas; priorização das soluções institucionais para viabilizar o acesso à saúde e revisão das políticas públicas.

3.2. Desafios para implementação de avanços institucionais

A implementação das diretrizes sugeridas demanda criação de novos arranjos institucionais que viabilizem mudanças efetivas nas práticas dos sistemas de saúde e de justiça. Não basta, portanto, que as inovações institucionais permaneçam apenas concentradas nas estruturas do Judiciário ou para ele, como é o caso de avanços já mencionados quanto a criação das assessorias técnicas (NAT-JUS) e a especialização de varas.

As mudanças protagonizadas pelo Poder Judiciário tem, em geral, se voltado para dois principais objetivos: i) minimizar as repercussões financeiras da judicialização junto a gestão do SUS; ii) diminuir o número de demandas contra o sistema público de saúde¹⁴⁵⁵. O primeiro objetivo já tem sido cumprido em alguns estados brasileiros e, conforme destacamos, os gastos com ordens judiciais tendem a diminuir com as iniciativas conjuntas do CNJ e Ministério da Saúde para prover pareceres técnicos de medicina baseada em evidência para todos os magistrados brasileiros. Além disso, é provável que o recente engajamento do TCU nessa questão, com a emissão de uma série de recomendações, se torne mais um elemento em prol da contenção de gastos, especialmente com a assistência farmacêutica.

De outro lado, o segundo objetivo, está longe de ser alcançado. As demandas judiciais, individuais ou coletivas, por acesso a saúde aumentam ano após ano, e por certo não irão diminuir enquanto o foco das iniciativas institucionais for apenas o Poder Judiciário. Mesmo ações positivas como a oferta de assessoria técnica pelos NAT-JUS estão limitadas a aperfeiçoar o exercício da jurisdição, mas não de

¹⁴⁵⁵ RIBEIRO, L. M.; HARTMANN, I. A.. Judicialization of the Right to Health and Institutional Changes in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, 2016, p. 36.

aperfeiçoar a oferta dos serviços do SUS¹⁴⁵⁶. Logo, a principal causa da judicialização – a dificuldade de acesso aos tratamentos previstos nas políticas públicas – permanece praticamente intocada.

O elevado potencial de inovação institucional que a interação entre os sistemas de justiça e de saúde oferece¹⁴⁵⁷ deve, portanto, se voltar para transformar a gestão do SUS, especialmente a forma como ela interage com seus usuários. Isso implica em ofertar, no âmbito do sistema de saúde, instrumentos de garantia de acesso efetivo ao que está previsto nas políticas públicas. Essa é a iniciativa fundamental. Ela pode, todavia, ser potencializada se também forem construídas alternativas para avaliação de casos específicos nos quais os pacientes demandem, justificadamente, acesso a tratamentos ainda não incorporados às políticas do SUS.

A criação de instrumentos para, no âmbito administrativo, garantir tanto o acesso ao que está previsto, quanto a possibilidade de “desafiar” os padrões existentes, é um caminho para redirecionar a resolução dos litígios do Judiciário para o próprio sistema. Assim, seria possível deslocar a judicialização da saúde (ou ao menos parte dela) dos Tribunais para o SUS, onde o cidadão deve, de fato, ser atendido.

O deslocamento da judicialização para o seio da Administração Pública pode permitir que a resolução de litígios, além de garantir acesso aos indivíduos, se transforme em oportunidade para a adoção de práticas experimentalistas voltadas ao aprimoramento da gestão do SUS. Assim, a avaliação cuidadosa, individualmente e em conjunto, das demandas por acesso aos serviços padronizados pode revelar problemas sistêmicos a serem corrigidos no sistema de saúde ou, ainda, indicar que os problemas apresentados têm origens múltiplas, o que demanda avaliação e intervenção multidisciplinar¹⁴⁵⁸ (saúde e assistência social, por exemplo). De outro lado, a decisão acerca da conveniência e necessidade de ofertar a um demandante específico tratamento ainda não

¹⁴⁵⁶ Ibidem, p. 36.

¹⁴⁵⁷ Ibidem, p. 36.

¹⁴⁵⁸ SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. *Georgetown Law Journal*, v. 100, 2011, p. 91.

incorporado pode ser utilizado como um indicador para desencadear mecanismos de revisão dos protocolos e padrões de atendimento existentes¹⁴⁵⁹. Arranjos institucionais dessa natureza proveriam os cidadãos com instrumentos democráticos para reforçar as políticas públicas do sistema de saúde, mas também, quando se fizer necessário, resistir, superar ou revisar as estruturas existentes.¹⁴⁶⁰

Se for mais conveniente denominar esse movimento de “desjudicialização” da saúde, como é comum se observar na academia brasileira, que ao menos não se perca no caminho a percepção da importância de se manter presente a participação das instituições do sistema de justiça e do uso da linguagem e dos instrumentos de garantia que o direito oferece.

Entendemos, contudo, que o uso do termo “desjudicialização” é inadequado, pois dá a entender que é necessário afastar os Tribunais do trato das questões da saúde pública. Pelo contrário, nossa proposta é trazer, ao menos em parte, a linguagem dos Tribunais e do direito para dentro da administração do SUS como forma de contribuir para o enfrentamento da histórica e persistente injustiça no acesso à saúde.

Além disso, ainda que construam instrumentos efetivos de resolução de conflitos em âmbito administrativo, a necessidade de controle jurisdicional continuará presente e relevante para a garantia do direito à saúde e para a evolução do SUS. A experiência dos EUA, onde a judicialização da saúde se desenvolve há aproximadamente 50 anos, demonstra bem como métodos informais, processos administrativos e o *judicial review* podem se complementar em um conjunto de atuação de várias instituições para a apreciação e resolução dos litígios em saúde.

Importante é evitar que a crítica à judicialização conduza ao “sentenciamento do fim dos conflitos” e a declaração de uma cidadania apenas no plano normativo, como se a supressão dos litígios pudesse, por um passe de mágica, apagar o contexto político e institucional que proporciona a desigualdade existente no acesso

¹⁴⁵⁹ Ibidem, p. 92.

¹⁴⁶⁰ UNGER, R. M.. **Democracy Realized: the progressive alternative**. Londres/Nova Iorque: Verso, 1998, p. 7.

à saúde¹⁴⁶¹. Não irá. A falta de instrumentos de judicialização apenas conduzirá os cidadãos das classes populares à “dupla exclusão”. Devemos nos insurgir contra qualquer movimento nesse sentido. Afinal, devemos nos basear na ideia de que, em um ambiente democrático, a transformação das instituições deve estar orientada pelo exercício de uma cidadania engajada e informada, e não por uma elite tecnocrática esclarecida.¹⁴⁶²

Assim, importante imaginarmos, a partir de nossas necessidades e instituições, como organizar um conjunto amplo de instrumentos que possa lidar com a diversidade de litígios atualmente apresentados pelos usuários do SUS e, assim, dar voz aos cidadãos. Alguns elementos são essenciais nesse processo, pois já se mostraram bem-sucedidos em diversos contextos: participação, flexibilidade e responsabilização (*accountability*)¹⁴⁶³. Ademais, para que possamos enfrentar o desafio de formular arranjos institucionais para as realidades tão diversas dos municípios e estados brasileiros, é importante dar espaço a formulação de arranjos experimentalistas. Ou seja, arranjos que permitam combinar, de um lado, adequação as variações locais e capacidade de se adaptar às mudanças e, de outro, possibilitar a agregação de conhecimento para promover a revisão das diretrizes centrais das políticas públicas.¹⁴⁶⁴

3.3. Contribuições para a construção de um modelo de resolução de conflitos para a saúde pública brasileira

A partir das experiências mapeadas, sugerimos que a **criação de arranjos institucionais para resolução de litígios** tenha, ao menos, **três diferentes estágios**, cada um deles voltados ao atendimento de perfis diversos de demandas. Em tal contexto, uma composição de diferentes formas de resolução de litígios

¹⁴⁶¹ BAHIA, L.. The Brazilian health system between norms and facts: mitigated universalization and subsidized stratification. **Ciênc. saúde coletiva**. vol.14, n.3, pp.753-762, 2009, p. 759

WEST, C.; UNGER, R. M.. **O Futuro do Progressismo Americano**: uma iniciativa de reforma política e econômica. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 71.

¹⁴⁶³ NEFF, E. C. From Equal Protection to the Right to Health: Social and Economic Rights, Public Law Litigation, and How an Old Framework Informs a New Generation of Advocacy. **Columbia Journal of Law and Social Problems**, v. 43, n. 2, 2009, p. 173.

¹⁴⁶⁴ SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. **Georgetown Law Journal**, v. 100, 2011, p. 56 e 79.

(modelos consensuais, colaborativos ou adversariais) poderia ser utilizada para que cada demanda seja avaliada no fórum mais adequado para sua apreciação.¹⁴⁶⁵

Um **primeiro estágio** de atendimento se caracterizaria pela informalidade dos procedimentos e pela capacidade de atendimento em grande escala. Seria destinado, portanto, para funcionar como uma “porta de entrada” para as demandas dos usuários do SUS que, de alguma forma, não foram contempladas nas unidades de saúde em que foram atendidos no primeiro momento. O foco principal seria o atendimento das postulações individuais por acesso aos tratamentos previstos nas políticas públicas do SUS. A primeira interface de atendimento ao público se daria com uma **oitiva qualificada** da demanda do cidadão, a ser realizada por servidores da gestão do SUS capacitados para identificar e apresentar soluções para os obstáculos mais comuns enfrentados pelos usuários do sistema. Com tal proceder, muitos dos problemas poderiam ser resolvidos sem qualquer intervenção de atores do sistema de justiça, mas tão somente com atitudes simples como: correção do fluxo de atendimento do paciente, encaminhamento para outras unidades de saúde, correção de informações equivocadas, notícia sobre o reabastecimento da rede em relação ao medicamento ou produto demandado, etc. Vale destacar que tal procedimento já funciona de forma eficiente e com ampla escala de atendimento na Câmara de Resolução de Litígios de Saúde do Rio de Janeiro.

Demandas que, por qualquer razão, não puderem ser resolvidas apenas com uma oitiva qualificada seriam encaminhadas para a formulação de **requerimentos administrativos** direcionados a um órgão da gestão do SUS com competência para apreciar e responder a tais demandas. Na confecção de tais requerimentos administrativos os usuários do SUS devem receber assistência jurídica e acompanhamento de seu caso pela Defensoria Pública (onde estiver estabelecida) ou por advogado. Essencial, contudo, que a falta de assistência jurídica gratuita não se torne um óbice para a formulação dos requerimentos administrativos, sob pena

¹⁴⁶⁵ Nesse sentido, conferir: FARRELL, M. G. The Need for a Process Theory: Formulating Health Policy through Adjudication. **Journal of Law and Health**, v. 8, n. 1, 1993, p. 209.

de desrespeito ao princípio de equidade no acesso que orienta o SUS¹⁴⁶⁶. Nas hipóteses em que o requerimento não puder ser imediatamente atendido, mas uma forma alternativa de atendimento da demanda puder ser ofertada pela gestão do SUS, rotinas de **mediação**¹⁴⁶⁷ ou **conciliação**¹⁴⁶⁸ seriam muito adequadas à tentativa de compor os interesses do cidadão aos recursos disponíveis no sistema.

O uso da mediação ou da conciliação como forma de resolução das demandas de saúde apresenta a vantagem de recuperar o protagonismo do paciente na definição de seu próprio tratamento. Ao permitir que o demandante seja ouvido, o próprio senso de dignidade e respeito deste em relação a agência governamental é realçado¹⁴⁶⁹. A autocomposição dos conflitos pode ocorrer em vários aspectos do tratamento como no estabelecimento do tempo de espera, ou mesmo na possível revisão do tratamento prescrito inicialmente. Os demandantes poderiam, por exemplo, negociar o estabelecimento de um tempo de espera determinado para a realização de uma consulta, exame ou procedimento cirúrgico; ou mesmo aceitar a substituição de um procedimento mais complexo, por menos sofisticado, mas também efetivo e disponível naquele momento. Em outras situações, a autocomposição dos conflitos pode conduzir à reavaliação das prescrições médicas indicadas de modo a, por exemplo, substituir indicações de medicamentos de marca por aqueles com denominação genérica, ou, ainda, substituir tratamentos não previstos nos protocolos clínicos pelas alternativas padronizadas disponíveis.

¹⁴⁶⁶ Vale destacar que preocupação dessa natureza também existe no contexto norte-americano. Conferir: FARRELL, M. G. The Need for a Process Theory: Formulating Health Policy through Adjudication. **Journal of Law and Health**, v. 8, n. 1, 1993, p. 221.

¹⁴⁶⁷ Conforme definição legal do artigo 1º, parágrafo único, da Lei 13.140/2015: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

¹⁴⁶⁸ “A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, A. G. de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª ed. Brasília: CNJ, 2016, p. 21.

¹⁴⁶⁹ FARRELL, M. G. *Op. cit.*, p. 210.

Nesse sentido, os procedimentos administrativos seriam uma ferramenta importante para apresentar ao usuário a conveniência e segurança de se submeter a tratamentos previstos nos protocolos clínicos do SUS em detrimento do uso de novas tecnologias cuja eficácia ainda não esteja devidamente comprovada ou que não apresente benefício significativo em relação ao tratamento padronizado. Tal medida, além de resguardar os interesses do paciente, iria ao encontro da preocupação em se evitar que a “mercantilização” do SUS seja ainda mais estimulada pela judicialização da saúde.

Vale ressaltar, ainda, que a implementação de rotinas de mediação e conciliação já apresenta resultados positivos em experiências como a CAMEDIS (DF) e o SUS Mediado (RN). Ademais, para a expansão dessas experiências, não há necessidade de qualquer inovação legislativa, pois a Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015 traz regulação suficiente. A referida norma define os parâmetros da atividade de mediação no âmbito da Administração Pública, bem como prevê a criação das “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos” com competência para “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público” (art. 32, inciso II).

Finalmente, na ausência de atendimento da demanda do usuário ou não alcançada a autocomposição, um **segundo estágio** de atendimento se faz necessário. Ele se caracterizaria pela criação, em âmbito administrativo, de um **processo de revisão** das negativas ofertadas pela Administração Pública a partir dos requerimentos administrativos apresentados pelos usuários do SUS. Esse estágio demandaria maior formalização dos atos processuais, inclusive com a necessidade de instrução suficiente para justificar o questionamento da decisão negativa exarada, em primeiro momento, pela gestão do SUS. A formalidade e a competência para revisão dos atos administrativos exigiriam, ainda, a designação de uma autoridade administrativa com poderes específicos para cumprir essa finalidade. Trata-se de uma questão desafiadora, uma vez que não há no Brasil

jurisdição administrativa e juízes administrativos nos moldes que, por exemplo, são encontrados nos EUA.

Apesar de desafiadora, a organização de um fluxo para apresentação de recursos administrativos para a negativa de atendimento no âmbito do SUS é muito relevante. Isso porque, atualmente, mesmo no âmbito de experiências avançadas como a CAMEDIS, CRLS e SUS Mediado, a única alternativa às respostas negativas em âmbito administrativo é o ajuizamento de ação. **A gestão do SUS segue desprovida de qualquer espécie de revisão administrativa que permita reanálise mais cuidadosa das justificativas para atender o pleito de cada cidadão.** Ela também não conta com instrumentos para, em casos excepcionais, promover o acesso a tratamentos não previstos nas políticas públicas. Em suma, a administração do SUS se mantém dependente de ordens judiciais para praticamente qualquer atuação que implique um passo além de seus padrões de atendimento e regulação, mesmo que eles estejam em grande descompasso com a prática adotada no setor privado.

A experiência da judicialização tem demonstrado à exaustão que esse modelo de organização administrativa é limitado. Em primeiro lugar, mesmo as iniciativas mais bem-sucedidas de mediação estão distantes de alcançar total sucesso na composição entre os particulares e a gestão do SUS, logo, há uma demanda reprimida por reavaliação que necessita ser atendida, ou será imediatamente direcionada aos Tribunais. Em segundo lugar, os magistrados têm reconhecido, em diversas ações judiciais, que as políticas públicas existentes são omissas ou insuficientes para atender a situação peculiar apresentada em Juízo e, portanto, concedem aos demandantes a tutela judicial.

A efetiva implementação de um processo administrativo de revisão das negativas de atendimento no âmbito do SUS demandaria, ao menos, definição de duas questões-chave: **qual seria a autoridade julgadora e quais poderes ela deve ostentar.**

Quanto ao primeiro ponto, recordamos da proposta de Gabriel Schulman e Alexandre Silva que sugerem a criação de “câmaras de mediação” com composição plural de representantes de diversas instituições que teriam, inclusive, competência para determinar fornecimento de tratamentos médicos não previstos nos protocolos do sistema¹⁴⁷⁰. A crítica que tecemos a essa proposta se torna ainda mais consistente após a exposição da experiência norte-americana. Como destacamos, a jurisdição administrativa do programa *Medicare* já enfrenta dificuldades agudas para viabilizar a atuação eficiente na apreciação por um juiz administrativo. É razoável supor que, no Brasil, se a competência for atribuída a um colegiado formado por representantes de diferentes instituições, é muito provável que, ao se buscar respeitar a pluralidade de pontos de vista, se decreta a total ineficiência do arranjo para, de fato, promover decisões sobre as demandas que lhe são postas.

Vale destacar que as dificuldades de dirimir conflitos na área de saúde têm, há algum tempo, suscitado propostas que almejam encontrar na composição plural dos julgadores o caminho para obter bons julgamentos. Nesse sentido, já se propôs que seria oportuno “pensarmos não apenas em um tribunal especializado, mas em um tribunal que também fosse dotado de uma composição multidisciplinar”¹⁴⁷¹. A esperança seria de que a adoção de tal arranjo, em âmbito federal e estadual, contribuiria “para a observância do princípio da isonomia, para a diminuição dos processos repetitivos e para a qualidade da jurisdição em matéria de saúde pública”¹⁴⁷². A possibilidade inusitada de ter no Judiciário outra espécie de julgadores que não o juiz togado bem revela a dificuldade que temos de imaginar soluções para lidar com as demandas da saúde. Tal proceder conduziria ao reconhecimento de que, a cada nova política pública repetidamente conduzida as Cortes Judiciais, uma nova forma de compor o rol de julgadores se faria necessário. Como se tem observado, tais arranjos sequer são cogitados no âmbito do Judiciário, que tem se esforçado para prover de informações técnicas aos magistrados

¹⁴⁷⁰ SCHULMAN, G.; SILVA, A. B.. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017, p. 296.

¹⁴⁷¹ PERLINGEIRO, R.. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 41, pp. 184-203, 2012, p. 194.

¹⁴⁷² *Ibidem*, p. 200.

juizadores, bem como capacitá-los para lidar com o direito sanitário. De fato, esse parece ser caminho mais adequado a ser seguido. O avanço em relação a essa iniciativa se daria com a organização de um arranjo que evite que o Judiciário receba demandas passíveis de resolução mais adequada em outras instituições: é exatamente o que propomos no presente tópico.

Deslocar a ideia de estabelecer um tribunal de composição multiprofissional (ou mesmo interinstitucional) do Judiciário para o contexto da Administração do SUS não sanaria os problemas que já apontamos, notadamente em relação a eficiência desse arranjo.

É necessário um formato mais dinâmico e que proporcione eficiência na resposta aos usuários. Isso seria obtido com **uma autoridade julgadora**. Daí a pertinência da observação de Ricardo Perlingeiro quando sugere que as alternativas sejam encontradas no direito administrativo contemporâneo, de forma a garantir, de um lado, a qualificação técnica das decisões administrativas e, de outro, a observância das garantias do devido processo no âmbito administrativo¹⁴⁷³. A qualificação técnica poderia ser estimulada com a atribuição de assessoria técnica à autoridade administrativa julgadora. Tal autoridade, contudo, deve ostentar formação jurídica, de modo que o julgamento dos recursos administrativos seja avaliado sob a ótica do direito dos usuários, e não apenas pelos padrões de atuação médica que já guiam a formulação dos protocolos clínicos, diretrizes terapêuticas, e padronização de listas de medicamentos e procedimentos.

As **garantias mínimas de devido processo administrativo** deveriam incluir, ao menos, regras voltadas a prover a autoridade julgadora de imparcialidade e independência em relação ao órgão ao qual direcionará suas decisões. Na própria administração do SUS existem formatos que poderiam, observadas as devidas peculiaridades, servir de parâmetro. É o caso da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS (CONITEC), a qual possui estrutura administrativa própria, com Secretaria-Executiva, bem como conta a indicação de

¹⁴⁷³ PERLINGEIRO, R.. Desjudicializando as políticas de saúde? **Revista Acadêmica** v. 86, n. 2, 2015, p. 6-7.

membros por órgãos externos como o Conselho Nacional de Saúde (CNS) e o Conselho Federal de Medicina (CFM). A indicação das autoridades julgadoras pelo CNS poderia ser alternativa viável para garantir algum grau de independência e sensibilidade com o atendimento das necessidades dos pacientes. Do ponto de vista do usuário demandante, essencial que se assegure a devida assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes, preferencialmente por Defensor Público, para a formulação dos recursos administrativos e sua adequada instrução.

Quanto a definição dos **poderes da autoridade julgadora** deve-se permitir que o resultado do recurso administrativo possa ir além da mera reprodução dos padrões de resposta da administração do SUS. Isso implica em prover o julgador de poderes para, por exemplo, determinar tempo certo para oferta dos tratamentos, em especial nos casos de demora excessiva para acesso aos serviços padronizados pelo SUS que, como destacamos, é o principal problema enfrentado pelos usuários. Nas situações de desabastecimento ou interrupção dos serviços, a autoridade julgadora deve determinar a aquisição dos produtos ou serviços nos serviços suplementares ao SUS ou mesmo no mercado privado.

De outro lado, é igualmente importante atribuir ao julgador a possibilidade de determinar a prestação de tratamentos médicos ou fornecimento de medicamentos e produtos não previstos nos protocolos do sistema¹⁴⁷⁴. Por certo, tal prerrogativa deve ser utilizada em casos excepcionais em razão da peculiar situação clínica do paciente e em face de um conjunto consistente provas técnicas. Apesar das dificuldades que a implementação dessa medida dessa impõe, trata-se de um avanço absolutamente necessário. Ignorar a necessidade de avaliar a oferta excepcional de tratamentos mais avançados aos usuários do SUS, especialmente quando o setor privado os oferece, é deixar intocados os graves conflitos decorrentes da assimetria de acesso proporcionada pela segmentação de nosso sistema de saúde. Se a Administração Pública não criar os mecanismos para lidar com tais litígios, eles migrarão para o controle jurisdicional. Nesse sentido, vale

¹⁴⁷⁴ Essa proposta é também defendida por Schulman e Silva. Conferir: SCHULMAN, G.; SILVA, A. B.. *Op. cit.*, p. 296.

recordar que o Poder Judiciário já demonstrou que seguirá sensível aos pleitos por tratamentos não incorporados ao SUS quando houver justificativa plausível para isso, conforme observamos na análise dos votos já proferidos no julgamento dos recursos extraordinários 566.471 e 657.718. Assim, trazer para o âmbito administrativo a decisão sobre essas situações excepcionais pode criar oportunidade para evitar muitas das distorções que a intervenção judicial eventualmente proporciona. Além disso, promoverá atendimento mais adequado e célere das necessidades dos pacientes.

A autorização para tratamentos excepcionais não previstos nas políticas públicas levanta sérios questionamentos de equidade, especialmente quanto a necessidade de estender a alternativa de tratamento a outros pacientes na mesma situação fática¹⁴⁷⁵. Por certo, tal procedimento não pode ser realizado no âmbito de um recurso administrativo que avalia demanda individual, todavia, os arranjos de resolução de conflitos devem prever instrumentos para desencadear revisões sistemáticas nas situações de reiterado reconhecimento da necessidade de um tratamento ainda não incorporado ao SUS. Nesse caso, é essencial que a insuficiência da política pública seja reconhecida e os órgãos responsáveis pela incorporação de novos tratamentos promovam a atualização das listas oficiais. A organização de mecanismos dessa natureza, aliás, é uma demanda reiterada em âmbito acadêmico.¹⁴⁷⁶

A adoção das medidas acima propostas ou de outras iniciativas para a resolução de litígios de forma sistemática tem o potencial reduzir sensivelmente o número de ações judiciais relativas a saúde, seja pelo atendimento das demandas apresentadas, pela oferta de alternativas terapêuticas ou mesmo pela eventual conformidade do usuário as razões de uma negativa qualificada. A irresignação, contudo, vai persistir em alguns casos e o controle jurisdicional seguirá acionado de forma constante. Na proposta que ora expomos, o Poder Judiciário, todavia, desempenha papel um tanto diferente do atual, pois representa um **terceiro estágio**

¹⁴⁷⁵ Nesse sentido, conferir: PERLINGEIRO, R. *Op. cit.*, 2015, p. 8.

¹⁴⁷⁶ Para um exemplo, conferir: PERLINGEIRO, R. *Op. cit.*, 2012, p. 197.

do conjunto de mecanismos voltados à resolução dos litígios e garantia do direito à saúde. Como se observa na prática da judicialização, é muito comum que o Poder Judiciário seja acionado tão logo a prescrição do tratamento seja expedida pelo médico que assiste o paciente. Em tais situações, as petições iniciais são instruídas apenas com o relatório do médico prescritor. Situações como essa, inclusive, estimularam a criação dos NAT-JUS para que os magistrados pudessem obter alguma informação técnica além daquela trazida pelos demandantes.

A condução de procedimentos administrativos previamente ao ajuizamento da ação permitirá que ocorra, de fato, um *judicial review*, pois o magistrado analisará a causa a partir de um debate amadurecido ao longo dos requerimentos e recursos que tramitaram em âmbito administrativo¹⁴⁷⁷. Além disso, quando for apresentada em juízo, a causa já estará devidamente instruída com documentos e laudos técnicos que proporcionarão prestação qualificada da jurisdição, mesmo nas situações em que se postula a tutela de urgência.

Nesse cenário seria conveniente adotar a medida apontada no voto do Ministro Edson Fachin no julgamento do RE 566.471, qual seja, constituir o **pedido administrativo como um requisito prévio** para eventual caracterização de lesão ou ameaça ao direito à saúde do cidadão. Assim, poderia ser reproduzido o entendimento já adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao considerar constitucional a exigência de requerimento administrativo para acesso à justiça em demandas pela concessão de benefícios previdenciários (repercussão geral no RE 631.240/MG¹⁴⁷⁸). A organização da resolução administrativa dos conflitos em saúde conduziria, portanto, a uma **adequação do papel desempenhado pelo Poder Judiciário no âmbito da judicialização da saúde** ao posicionar a atuação judicial

¹⁴⁷⁷ Sobre a questão, merece destaque a pertinente ponderação de Schulman e Silva: “Ainda que posteriormente seja ajuizada ação judicial pelo mesmo motivo, esta será nutrida pelo conteúdo probatório adequado, captado nesse devido procedimento administrativo, que permitirá o bom e técnico debate no seio do processo judicial” (SCHULMAN, G.; SILVA, A. B.. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017, p. 297-298).

¹⁴⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário 631.240/CE**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=631240&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

Acesso em: 22 ago. 2017.

como parte de um processo mais amplo de lutas por reformas no sistema de saúde.¹⁴⁷⁹

O monitoramento do perfil das demandas apresentadas e das decisões proferidas em âmbito administrativo e judicial oferecerá um mapeamento fidedigno e atualizado dos obstáculos mais comuns de acesso, dos gargalos do sistema e das principais demandas pela incorporação de novos tratamentos. Assim, o conjunto de instrumentos para a resolução das demandas individuais pode ser articulada aos órgãos que, na gestão do SUS, são responsáveis pelo planejamento e revisão das políticas públicas.

Além disso, as questões mais recorrentes podem ser levadas pelos representantes do sistema de justiça (notadamente Defensoria Pública e Ministério Público) ou do sistema de saúde para a apreciação colegiada nos Comitês Executivos de Saúde dos estados ou, para causas de âmbito nacional, para o Fórum Nacional da Saúde do CNJ. A construção de soluções para os problemas apresentados pode, inclusive, ser potencializada se forem envolvidos, de um lado, os fóruns institucionalizados de participação social, como os Conselhos de Saúde; e, de outro, os órgãos de controle da gestão pública, especialmente o Ministério Público e os Tribunais de Contas. A título de exemplo, poderiam ser definidos nos referidos espaços de diálogo interinstitucional padrões de eficiência no atendimento, com atribuição de prazos limites de espera para consultas, exames e procedimentos cirúrgicos, conforme as condições de estrutura existentes no âmbito local.

Tal articulação permitiria **conectar o atendimento do individual à resolução do coletivo** e, assim, viabilizar que soluções coletivas ou até estruturais surjam do aprendizado com os constantes litígios que, atualmente, são vistos mais como um dos grandes problemas enfrentados pela gestão do SUS.

A implementação do conjunto de iniciativas acima lançadas, ou de outros arranjos institucionais que apreciem de forma adequada as demandas dos

¹⁴⁷⁹ YAMIN, A. E.. Promoting equity in health: What role for courts?. **Health & Human Rights**, v. 16, n. 2, 2014, p. 8

cidadãos, tem o potencial de ir além da garantia individual de acesso e operar, no longo prazo, alterações significativas na organização institucional do Sistema Único de Saúde.¹⁴⁸⁰

Encerramento do capítulo

No primeiro passo do deste último capítulo, o mapeamento das experiências institucionais em âmbito nacional permitiu identificar práticas avançadas que introduzem um novo padrão de resolução de litígios no cenário da judicialização. Tal padrão se caracteriza por valorizar métodos não adversariais, viabilizar o diálogo interinstitucional, compor os litígios extrajudicialmente, individualizar as demandas, promover o uso de procedimentos informais, e fomentar a composição entre os interesses do usuário e os recursos do sistema de saúde.

Tais experiências perfazem um ponto de partida fundamental para imaginarmos os próximos passos para a judicialização da saúde, todavia, seu aperfeiçoamento se faz relevante, conforme se pode depreender a partir da avaliação da experiência norte-americana. Naquele país, que tantas semelhanças guarda com o Brasil, se desenvolve há aproximadamente cinco décadas um desenho institucional para organizar instrumentos administrativos e judiciais para dirimir os conflitos em saúde.

A partir do aprendizado obtido com as experiências acima mencionadas, apresentamos propostas para a organização de um conjunto de instrumentos para a resolução dos litígios que promova a garantia do direito à saúde dos cidadãos, ao tempo em que contribua para com a reforma estrutural do sistema de saúde. Tais propostas partem do pressuposto de que não há mais espaço para persistir na dicotomia “mais ou menos judicialização”, pois o desafio atual é construir um padrão de litígios que melhor promova justiça social e garantias para o acesso à saúde.¹⁴⁸¹

¹⁴⁸⁰ Sobre a possibilidade de iniciativas semelhantes a essa operarem transformações no âmbito do SUS, conferir: RIBEIRO, L. M.; HARTMANN, I. A.. Judicialization of the Right to Health and Institutional Changes in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, 2016, p. 48.

¹⁴⁸¹ YAMIN, A. E.. Promoting equity in health: What role for courts?. **Health & Human Rights**, v. 16, n. 2, 2014, p. 8.

CONCLUSÃO

Apresentamos doravante a conclusão da presente tese. Dividimos a exposição em duas partes. Na primeira trazemos um resumo do desenvolvimento da pesquisa realizada. Na segunda, apresentamos nossas considerações finais que representam uma última reflexão a partir dos conjuntos dos argumentos lançados ao longo dos cinco capítulos.

Resumo do Desenvolvimento da Pesquisa

O primeiro capítulo da tese abordou inicialmente os princípios que definem o direito à saúde e o sistema de saúde e como eles direcionam a organização institucional do SUS, da saúde complementar e da saúde suplementar. Na exposição, destacamos as controvérsias que cercam a concretização e abrangência de tais princípios, bem como a atual dependência do SUS em relação às atividades prestacionais do setor privado e a notável expansão dos planos privados de saúde, que atualmente alcançam ¼ da população brasileira. Avançamos para a discussão sobre o subfinanciamento e a injustiça na saúde, as duas distorções observadas entre o plano normativo que fora exposto e a prática institucional existente. Em primeiro lugar abordamos o histórico subfinanciamento da saúde, que pode evoluir para um “desfinanciamento” em razão das regras do Novo Regime Fiscal e do reiterado contingenciamento dos recursos da saúde. Nos voltamos, então, à interface entre público e privado, oportunidade em que afirmamos o profundo desequilíbrio nessa relação, que é agravada pelo financiamento indireto do setor privado pelos recursos públicos, a saber: renúncias fiscais, gastos com planos de saúde para servidores públicos, e baixo ressarcimento dos atendimentos feitos pelo SUS aos pacientes com cobertura privada.

Em seguida, abordamos a injustiça na saúde em seus dois aspectos: o apartheid da saúde e a má-fé institucional. Consideramos que ocorre um apartheid na saúde brasileira em razão da acentuada segmentação entre público e privado, notadamente na cobertura duplicada que o setor privado, que oferece aos seus

consumidores mais acesso aos serviços de saúde, com maior rapidez e melhor estrutura. O tratamento diferenciado aos indivíduos das classes populares também se reproduz no SUS, de forma perversa e institucionalizada. No plano da formulação das políticas públicas há captura dos recursos materiais por grupos de interesse ou pela lógica burocrática, que conduz a diversos problemas que comprometem a formulação de políticas públicas que atendam às necessidades das classes populares. Mais especificamente, foram abordadas a falta de construção intersectorial das políticas, a negligência em relação às doenças da pobreza e a iniquidade na distribuição territorial dos serviços de saúde. Do ponto de vista da implementação das políticas de saúde, descrevemos dinâmicas institucionais que afetam o dia-a-dia das unidades do SUS, em especial a existência de acesso privilegiado aos serviços do SUS e as dificuldades na interação entre os profissionais de saúde do SUS e os pacientes oriundos das classes populares.

No segundo capítulo, contextualizamos o sistema de saúde brasileiro face aos modelos de outras nações, o que permitiu identificar que, embora a composição de um mix público-privado represente padrão seguido em praticamente todos sistemas de saúde, no Brasil essa relação assume contornos pouco funcionais. Isso porque, de um lado, a participação do gasto público é muito baixa para financiar sistema público de cobertura universal e, de outro, o setor privado tem expandido de forma muito intensa sua cobertura e oferta de serviços. Assim, o mercado privado tem se apresentado mais como um subsistema alternativo ao público do que suplementar a ele, tanto que sua principal característica é “duplicar” a cobertura ofertada pelo SUS. Esses resultados reforçam a percepção de que, na prática, o sistema de saúde brasileiro tem se afastado da matriz inglesa que serviu de modelo para a redação da Constituição e se aproximado cada vez mais do modelo norte-americano, cujo traço mais marcante é a proeminência do papel do mercado privado. Por tal razão, a pesquisa prosseguiu com a análise da hipótese de que o Brasil passa por uma americanização de suas políticas de proteção à saúde.

Ao avaliar tal hipótese, apontamos que a influência do modelo norte-americano, em verdade, representa atualmente paradigma para diversos países,

não apenas para o Brasil, tendo em vista a tendência atual de busca por mais flexibilidade, individualização e redução de custos que supostamente podem ser alcançadas com a ampliação da participação privada. Dessa forma, primeiro realizamos o cotejo da hipótese da americanização em face do sistema inglês, nosso modelo em matéria de saúde pública. Observamos que a influência norte-americana, embora presente, não desnaturou o sistema instituído no Reino Unido, que mostrou capacidade de evolução e adaptação de suas instituições face as novas demandas e tendências conjunturais. Ao mover a comparação para Brasil e EUA, observamos que as diversas semelhanças políticas e sociais entre os dois países – notadamente a profunda desigualdade social – são encontradas também no campo da saúde, ainda que as nações partam de bases jurídicas e modelos institucionais muito diversos. Essa perspectiva comparada também permitiu perceber que a distorção existente no sistema brasileiro não é apenas entre norma jurídica e prática institucional, conforme abordamos no capítulo 01, mas também entre modelo de saúde e práticas políticas e econômicas. Por fim, destacamos que tais distorções têm exposto as classes populares a serviços precarizados ou mesmo à exclusão, e que tal situação tende a se agravar ainda mais com o aprofundamento da segmentação do setor de saúde e do subfinanciamento do SUS.

No terceiro capítulo, nos voltamos para as condições que possibilitaram a construção e a perpetuação da injustiça como traço fundamental do sistema de saúde brasileiro. O primeiro passo nesse sentido se deu com a investigação do processo histórico de desenvolvimento do sistema de saúde brasileiro vis-à-vis o desenvolvimento do Estado e das constituições brasileiras. Afirmamos que a naturalização da exclusão de uma casta de subcidadãos é produto de uma complexa articulação de condições sociais, objetivos políticos e constructos jurídicos que se inicia ainda na Primeira República e se consolida no início do governo de Getúlio Vargas. Em seguida, descrevemos como o processo de segmentação da saúde evolui ao longo da Era Vargas em meio ao contexto de formação do Estado Social, modernização socioeconômica e criação de um novo paradigma: a cidadania regulada. Durante o regime militar a tendência à segmentação do acesso à saúde passa a conviver com a tentativa de expansão do

atendimento, que se fez acompanhar da precarização dos serviços prestados. Tais condições influenciam de tal forma a saúde pública brasileira que comprometem a efetiva implantação do modelo de sistema público de acesso universal defendido pelo movimento de Reforma Sanitária e previsto na Constituição de 1988. Assim, a gradual implantação do SUS se dá em um contexto desfavorável de subfinanciamento e tendência à segmentação do acesso à saúde e precarização dos serviços públicos – situação que denominamos americanização da saúde.

O passo seguinte da pesquisa se concentra em compreender as razões da perpetuação da injustiça e da exclusão que atualmente permeiam o acesso à saúde. Para tanto, destacamos a relevância que a igualdade política assume nos regimes democráticos e como ela pode ser comprometida pelas variadas formas que as desigualdades socioeconômicas assumem. Ademais, apontamos os diversos obstáculos que os grupos marginalizados enfrentam para se mobilizarem na esfera política e, assim, viabilizarem o atendimento de suas demandas. A persistência das acentuadas assimetrias entre as classes sociais perfaz ameaça à legitimidade do regime democrático ante a falta de alternativas que conduzem a um progresso com mais inclusão. Nesse cenário, o acesso à justiça gradualmente passa a ser uma via de concretização de direitos sociais constitucionalmente previstos e das políticas públicas traçadas no âmbito do Executivo e Legislativo. Por fim, destacamos que tal processo de judicialização das políticas públicas alcança ampla repercussão no âmbito da saúde. Por tal motivo, a judicialização da saúde passa a ser considerada tanto como um instrumento político de garantia dos direitos de cidadania, mas, de outro, é alvo de várias críticas que sublinham os impactos negativos que a judicialização pode causar na gestão administrativa e orçamentária do sistema de saúde. A partir dessa análise, argumentamos que a interface entre direito e saúde tem se mostrado muito profícua, e que é tarefa do direito e dos juristas imaginar como essa oportunidade pode ser aproveitada para promover mais inclusão e progresso para a saúde da população.

No quarto capítulo nos voltamos à judicialização da saúde. O primeiro passo foi expor a evolução do debate institucional sobre o tema, especialmente após as

primeiras decisões em favor de pacientes na década de 1990. Maior destaque, contudo, foi dado à Audiência Pública nº 04 do Supremo Tribunal Federal, com atenção aos diálogos estabelecidos e os seus desdobramentos para a formação de um conjunto de precedentes jurisprudenciais e de iniciativas institucionais. O passo seguinte foi expor como se deu o crescimento da judicialização no Brasil na atual década, tanto no que tange ao número de ações quanto no que se refere aos reflexos na gestão orçamentária do SUS.

Em um segundo momento, damos relevo à mobilização política pela criação de critérios voltados para orientar a atividade adjudicativa dos magistrados. Apontamos que os novos julgamentos em curso no Supremo Tribunal Federal (STF) – Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718 – inauguram um novo momento de inflexão no debate sobre os rumos da judicialização da saúde. Argumentamos que, apesar de toda mobilização política e expectativa em torno da nova decisão do STF, sua influência será limitada, pois não tem o condão de alterar os arranjos institucionais vigentes. Em seguida, voltamos nossa atenção para a produção acadêmica e as narrativas que tem sido construídas pelas pesquisas sobre a judicialização da saúde. Identificamos uma tendência de crítica contundente à judicialização que se embasa em dois principais fundamentos: a suposta elitização daqueles que litigam e o efeito destruturante que as decisões judiciais teriam sobre o sistema. Analisamos e rejeitamos essas teses ao tempo em que sugerimos a reorientação do debate acadêmico para a análise daquelas questões mais importantes para a ampla maioria dos usuários do SUS: garantias de acesso aos serviços previstos nas políticas públicas. Para embasar tal avaliação, realizamos pesquisa do perfil das demandas levadas pelos cidadãos das classes populares à Defensoria Pública.

Por fim, no quinto capítulo, voltamos nossa atenção à construção de propostas voltadas a aproveitar o potencial da judicialização da saúde em favor da garantia de acesso dos cidadãos e da estruturação do SUS. Para tanto, iniciamos o capítulo com o mapeamento de arranjos institucionais que cumpram essa função de garantir acesso aos tratamentos previstos nas políticas públicas a partir da

valorização da demanda de cada cidadão e da capacidade de diálogo institucional. Identificamos e descrevemos arranjos de âmbito nacional, o Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, e de âmbito local, dando destaque às experiências construídas no Distrito Federal, Rio Grande do Norte e Rio de Janeiro. Em seguida, expomos, de forma resumida, o contexto da judicialização da saúde nos EUA, com foco na proeminência que os processos administrativos possuem na resolução dos litígios na seara da saúde, especialmente no âmbito do programa *Medicare*. A partir da análise dessas experiências institucionais formulamos propostas para que a judicialização da saúde seja direcionada para fomentar a ampliação do acesso à saúde.

Consideração finais

Ao longo da presente tese, resumidamente exposta no tópico acima, buscamos construir uma narrativa detalhada dos principais problemas enfrentados pelos usuários do Sistema Único de Saúde para obter tratamento adequado nos momentos de necessidade. Observamos que os obstáculos de acesso são proporcionais ao grau de vulnerabilidade dos cidadãos: quanto maior a exclusão enfrentada no seio social, maiores os obstáculos para o acesso à saúde. Essa injustiça, conforme argumentamos, é traço marcante do sistema de saúde brasileiro e o maior desafio a ser superado para o desenvolvimento da saúde pública. Tal problema, contudo, segue ofuscado pela legítima preocupação com o subfinanciamento e os problemas de gestão do SUS e, mais recentemente, pelas constantes críticas que se voltaram contra a judicialização da saúde.

Nesse cenário tem ganhado espaço o discurso institucional e acadêmico que considera a judicialização da saúde um movimento que contribui para a desestruturação do SUS e reforça iniquidades socioeconômicas existentes. O acesso à justiça é visto, portanto, como um fator que agrava os problemas de financiamento e gestão do sistema. Tal leitura é preocupante, pois, o senso comum aponta que a busca pela tutela do sistema de justiça tem exatamente a função de corrigir distorções e promover justiça e equidade.

Como destacamos, são muitas as distorções, iniquidades e injustiças a serem corrigidas no âmbito da saúde. Existe um grande descompasso entre as normas que ordenam a organização do SUS e as práticas institucionais que moldam os serviços ofertados aos cidadãos. O acesso à saúde que deveria ser integral e igualitário, na prática é segmentado e discriminatório. Quem ostenta uma posição socioeconômica privilegiada obtém serviços de melhor qualidade e de forma mais eficiente, mesmo no âmbito do SUS.

O *apartheid* da saúde entre público e privado, entre “pobres e ricos”, mais evidente na dicotomia entre SUS e sistema suplementar, também se reproduz dentro das unidades públicas de saúde. A superação dessa situação injusta é especialmente difícil, pois a distorção existente não reside apenas na interface entre norma e prática, ela também está enraizada na histórica dubiedade da atuação do Estado brasileiro no campo da saúde. Apesar da escolha feita em 1988 pelo modelo de sistema nacional de saúde, universal e gratuito, o processo histórico de “americanização” do sistema de saúde brasileiro conduziu a um modelo segmentado que tende a ofertar serviços eficientes no setor privado e serviços precarizados no setor público.

Tal arranjo é desfavorável aos cidadãos das classes populares, que se veem expostos às “filas” intermináveis para a marcação de consultas ou realização de cirurgias, emergências lotadas, tratamento indiferente, falta de vagas em UTIs, etc. Por vezes, a situação é de absoluta exclusão em face da falta de atendimento, interrupção dos serviços, fechamentos de unidades de saúde, desabastecimento da rede de farmácias públicas. Se insurgir contra essa realidade é tarefa difícil, pois a má-fé institucional se faz presente desde a concepção das políticas públicas até os passos finais de sua implementação. Além disso, os instrumentos de participação política transformadora muitas vezes não podem ser acessados pelos cidadãos das classes populares.

Nesse contexto, a judicialização das políticas públicas representa uma alternativa viável e, por vezes, a única viável para o acesso aos serviços de saúde, aliás, como tem ocorrido com outras políticas sociais como educação, assistência

social, habitação e previdência social. Esse potencial de garantir direitos e promover inclusão social que judicialização reúne contrasta, todavia, com as duras críticas que o acesso à justiça tem recebido em âmbito institucional e acadêmico quando realizado de forma individual. As críticas, surpreendentemente, se fundamentam no apelo à equidade, exatamente o valor mais desrespeitado na injusta organização do sistema de saúde brasileiro. Ou seja, utiliza-se o argumento do respeito à equidade para manter tudo injusto como está.

Essa postura aparentemente paradoxal decorre de uma visão estreita que se formou na análise da judicialização da saúde, qual seja, o enfoque apenas nas demandas judiciais por medicamentos não incorporados ao SUS. O alto custo financeiro de parte dessas demandas conduziu à construção de uma narrativa que aponta, de um lado, o favorecimento de uma suposta elite que judicializa e obtém acessos privilegiados e, de outro, a gestão administrativa e orçamentária do SUS que sofre com a desorganização e deixa de prestar serviços essenciais à população carente. Essa narrativa, todavia, não resiste a um cotejo com os fatos.

Em todo o Brasil os cidadãos das classes populares têm contado com a atuação da Defensoria Pública, do Ministério Público e de advogados para ver garantido seu direito de acesso à justiça para demandar os tratamentos que lhe foram prescritos. Em alguns estados e no Distrito Federal, a maioria das demandas já é patrocinada por defensores públicos. Ademais, conforme apontamos, a maior parte dos litígios trazidos ao sistema de justiça não tratam de assistência farmacêutica, mas sim de demandas por efetivo acesso aos serviços previstos nas políticas públicas do SUS.

Essa percepção dos reais problemas que tem afetado a ampla maioria dos usuários do SUS nos permite afirmar que o olhar sobre a judicialização está desfocado e, portanto, os esforços institucionais e o debate acadêmico não seguem o melhor rumo. Enquanto a população clama por atendimento eficiente nos postos de saúde e hospitais, o Supremo Tribunal Federal é novamente chamado a impor limites à magistratura na análise de demandas por medicamentos não incorporados ao SUS. É necessário, portanto, reorientar o debate institucional e acadêmico à

tarefa de imaginar como o sistema de justiça pode contribuir para enfrentar os problemas mais graves da saúde pública brasileira. Dessa forma, a preocupação com a equidade na saúde deixaria de ser um discurso abstrato para se tornar um instrumento para mudar a realidade dos cidadãos “carentes”.

Com o intuito de contribuir para esse esforço que propusemos, nos voltamos para imaginar quais alternativas podem ser construídas na interface entre direito e saúde para, de alguma forma, transformar a injusta realidade vivida pelos cidadãos das classes populares que dependem dos serviços do SUS. O primeiro passo nessa direção foi realizar o mapeamento de experiências institucionais em atividade que pudessem representar um ponto de partida para nossas contribuições.

Os arranjos institucionais avaliados nesse mapeamento – notadamente a CRLS (RJ), a CAMEDIS (DF) e o SUS Mediado (RN) – apontam para uma nova forma de lidar com o fenômeno da judicialização da saúde. Tais práticas reconciliam a necessidade de avaliação e atendimento individualizado das necessidades dos usuários do sistema de saúde com os recursos que esse sistema oferece. Assim, essas experiências se apresentam como instrumentos que, ao mesmo tempo, servem à garantia de efetivo acesso à saúde e à preservação do sistema. Ademais, também se consubstanciam em fonte empírica e sempre atualizada para o diagnóstico das falhas do sistema e das necessidades de avanço, tanto em termos de estrutura, quanto em termos de incorporação de tecnologia.

As mencionadas iniciativas, todavia, seguem sem os melhores instrumentos jurídicos e institucionais para ampliar seu escopo e seu alcance. Apesar disso, elas já nos mostram um modelo institucional mais coerente para estabelecer a interface entre justiça e saúde. Inspirados nessas iniciativas, desenvolver instrumentos no direito, sobretudo no direito administrativo, e na saúde, especialmente no âmbito da gestão do SUS, é tarefa que propomos aos juristas, pesquisadores e gestores. Dessa forma, poderemos dar resultado prático à preocupação por todos compartilhada de oferecer aos cidadãos, especialmente aqueles das classes populares, garantias de realização de seus direitos.

Tais arranjos, caracterizados pela mediação entre usuários e a gestão do sistema tem sido considerada, por vezes uma “alternativa” à judicialização, como se a atuação do sistema de justiça em tais arranjos fosse algo estranho à atuação dos mesmos atores na cena jurisdicional. Essa é uma leitura equivocada. Composição de conflitos em âmbito administrativo e acesso à jurisdição, nesse contexto, se complementam. Conforme observamos em todos os três arranjos detalhados, a atividade de mediação se apresenta como uma forma mais rápida e dialogada de compor as necessidades de tratamento do paciente vis-à-vis as diretrizes gerais do sistema, bem como suas contingências de recursos e estrutura. Trata-se de um processo de harmonização de expectativas e que, inclusive, pode conduzir à indicação de tratamentos diversos daqueles inicialmente prescritos, ou atendimento em prazos ou formas que não representam exatamente as expectativas iniciais do demandante. Ocorre que, nas hipóteses em que a demanda não for atendida e tampouco for ofertada alternativa adequada às necessidades de saúde do paciente, o caminho natural é o acesso à jurisdição. Assim, a oferta de um espaço de construção consensual já presume também a existência de instrumentos para o caso de perpetuação do dissenso.

Composição em âmbito administrativo e controle jurisdicional são aspectos necessários da interface entre sistema de justiça e sistema de saúde. O que ocorreu ao longo do desenvolvimento da judicialização da saúde no Brasil foi uma hipertrofia do aspecto jurisdicional sem a devida construção de opções eficazes de solução dos litígios em saúde em âmbito administrativo, situação que, por exemplo, não ocorreu nos Estados Unidos. Aos cidadãos brasileiros, historicamente, não foi ofertado espaço onde reclamar da omissão e exclusão do acesso à saúde. Ao encontrarem no Poder Judiciário esse acesso, naturalmente afluíram nesse caminho. À medida que a gestão da saúde passou a reagir a essa situação e demandar mais racionalização do acesso ao sistema de justiça, o diálogo institucional se estabeleceu e dele se originaram os avanços inovadores. Não é a toa que todas as experiências mencionadas contam, desde o início, com participação das instituições do sistema de justiça. Muitas dessas iniciativas operam dentro da estrutura de instituições jurídicas, seja nas Defensoria Pública, nas

Procuradorias do Estado ou nos Tribunais. Ademais, todas essas iniciativas foram apoiadas pelos Comitês Executivos do Fórum Nacional de Saúde do CNJ, mais importante arranjo na atualidade para o fomento do debate interinstitucional.

Não é difícil perceber que, sem a expansão da judicialização da saúde no âmbito dos Tribunais, as alternativas administrativas para resolução dos conflitos de saúde sequer existiriam. O direito à saúde permaneceria à mercê da vontade estatal de implementar as políticas de saúde e o descompasso que atualmente se observa entre o “SUS Constitucional” e o SUS real seria ainda mais profundo. A possibilidade de acesso à jurisdição é, portanto, elemento que estimula o movimento da gestão do Poder Executivo em oferecer alternativas menos custosas e mais adequadas às necessidades dos cidadãos.

As experiências analisadas, todavia, possuem diversas limitações, especialmente se cotejadas com arranjos de resolução de litígios mais avançados como aquele encontrado na experiência norte-americana. Parte dessas limitações estão relacionadas a falta de estrutura para o atendimento das demandas. Forçoso reconhecer que as experiências existentes ainda dependem muito da vontade política e do compromisso dos atores que idealizaram e conduzem os projetos. O grau de institucionalidade ainda é baixo, exceto, talvez, pela experiência do Rio de Janeiro, que, de certa forma, já ganhou dinâmica e estrutura próprias. Assim, é necessário prover de estrutura os novos arranjos institucionais para ampliar sua capacidade de receber as demandas e ofertar respostas adequadas. De outro lado, pode-se, por intermédio do Fórum da Saúde do CNJ, promover a articulação entre as experiências realizadas nos diferentes estados, de modo a promover o aprendizado mútuo, padronização de procedimentos e atuação conjunta voltada a resolução de problemas coletivos.

Outras limitações, contudo, estão relacionadas a ausência de instrumentos jurídicos que permitam atender adequadamente os casos excepcionais que, atualmente, migram para o Judiciário. É essencial enfrentar a questão das indicações de tratamento não incorporados pelo sistema e possibilitar sua realização em casos específicos. Há uma grave omissão nesse ponto. Uma

alternativa possível seria o desenvolvimento de um processo administrativo no âmbito da gestão do SUS, com uma autoridade julgadora, imparcial e independente, que tivesse atribuições para tomar decisões dessa natureza. A organização de instrumentos administrativos para dirimir esses conflitos pode trazer de volta à gestão do SUS um debate que atualmente migrou para os fóruns do Judiciário.

O desenvolvimento da composição de conflitos em âmbito administrativo tem, ainda, o potencial de qualificar o controle jurisdicional. Os casos avaliados em âmbito administrativo que, ao final, não atendam as expectativas do cidadão, serão levados à apreciação judicial devidamente instruídos com todos os aspectos relevantes que cercam aquela demanda.

O conjunto das experiências mapeadas e das propostas ora apresentadas permite concluir que a interface entre sistema de saúde e sistema de justiça tem muito a contribuir para a superação dos problemas estruturais da saúde pública, em especial sua marcante injustiça. A judicialização da saúde, portanto, é um instrumento de afirmação de cidadania e garantia de direitos que pode, sim, contribuir para o aprimoramento do acesso à saúde. Por tal razão, a atenção dos juristas e gestores não deveria se concentrar em buscar formas de retirar a saúde dos Tribunais, mas sim imaginar como trazer mais justiça para o seio do sistema de saúde.

Concluo essa tese expressando a confiança na capacidade de as instituições jurídicas contribuírem de modo efetivo para lidar os problemas estruturais da saúde. O resultado observado na vida de milhares de pessoas dá convicção e esperança nessa capacidade de transformação. É a esperança de quem age e, por isso, vê as mudanças e tem sua convicção renovada. É a esperança do agente, e não do espectador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBER, Jens. What the European and American welfare states have in common and where they differ - Facts and fiction in comparisons of the European Social Model and the United States. **Journal of European Social Policy**, v. 20, n. 2, pp. 102-125, 2010.

ALMEIDA, Célia. Saúde, Política Externa e Cooperação Sul-Sul em Saúde: elementos para a reflexão sobre o caso do Brasil. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 1, 2013.

ALÔ, Bernard dos Reis. Desjudicializando o direito à saúde: o papel da defensoria pública nesse processo. **Revista CEJ**, v. 20, n. 70, 2016.

ALTMAN, Drew; LEVIT, Larry. It's not Obamacare anymore. It's our national health-care system. Opinions. **The Washington Post**, Washington, 29 jul. 2017. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/opinions/its-not-obamacare-anymore-its-our-national-health-care-system/2017/07/28/1a6583fe-73d3-11e7-9eac-d56bd5568db8_story.html?utm_term=.b5ceca6a8de6

Acesso em: 01 ago. 2017.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

AMORIM, Vivian Mae Schmidt Lima; BARROS, Marilisa Berti de Azevedo; CÉSAR, Chester Luiz Galvão; GOLDBAUM, Moisés; CARANDINA, Luana; ALVES, Maria Cecília Goi Porto. Fatores associados à realização dos exames de rastreamento para o câncer de próstata: um estudo de base populacional. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, pp. 347-356, fev. 2011.

ANDRADE, Paula. CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados. **Agência CNJ de Notícias**. Brasília, CNJ, 16 mar. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>

Acesso em: 20 ago. 2017.

ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS Passo a Passo – Normas, Gestão e Financiamento**. São Paulo: Hucitec, 2001.

ANS. **Boletim Informativo**: utilização do sistema público por beneficiários de Planos de Saúde e ressarcimento ao SUS. Rio de Janeiro, Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), n. 1, 2016.

ARAÚJO, Filomena Santos de *et al.* Análise da demanda por direito à saúde e as possibilidades de mediação no Tribunal de Justiça de Mato Grosso. In: PINHEIRO, Roseni; MARTINS, Paulo Henrique (Coords.). **Usuários, redes sociais, mediações e integralidade em saúde**. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/LAPPIS, pp. 185-192, 2011.

ARENARI, Brand; DUTRA, Roberto. A construção social da condição de pessoa: premissas para romper o círculo vicioso de exclusão e uso problemático do crack. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Crack e exclusão social**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

ASENSI, Felipe D. **Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Direito – FGV/RJ, Centro de Justiça e Sociedade, 2010.

_____. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, pp. 33-55, 2010.

_____. Judicialização da Saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BABONES, Salvatore J.. Income inequality and population health: Correlation and Causality. **Social Science & Medicine**, v. 66, n. 7, pp. 1614-1626, 2008.

BAHIA, Lígia. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. **Ciência & saúde coletiva**, São Paulo, v. 6, n. 2, pp. 329-339, 2001.

_____. The Brazilian health system between norms and facts: mitigated universalization and subsidized stratification. **Ciência e saúde coletiva**, v. 14, n. 3, pp.753-762, 2009.

_____. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. **Ciência & saúde coletiva**, v.13, n. 5, pp.1385-1397, 2008.

BAHIA, Lígia; SCHEFFER, Mario. Planos e seguros privados de saúde no Brasil: lacunas e perspectivas da regulamentação. In: HEIMANN, L. S.; IBANHEZ, L. C.; BARBOZA, R. (Orgs.). **O público e o privado na saúde**. São Paulo: Hucitec, 2005.

BAHIA, Ligia; SCHEFFER, Mario; POZ, Mario; TRAVASSOS, Claudia. Private health plans with limited coverage: the updated privatizing agenda in the context of Brazil's political and economic crisis. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016, p.2.

BARBOSA DA SILVA; F. A.; ABREU, L. E. L.. **Saúde**: capacidade de luta – a experiência do Conselho Nacional de Saúde. Texto para discussão 933. Brasília: IPEA, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Joslene Lacerda. Perfil das demandas judiciais por medicamentos em municípios do estado da Bahia. **Revista Baiana de Saúde Pública**, v. 37, n. 3, pp.536-552 jul./set. 2013.

BARROS, Maria Elizabeth Diniz; PIOLA, Sergio Francisco. O financiamento dos serviços de saúde no Brasil. In: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sergio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil**: organização e financiamento. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde; OPAS/OMS no Brasil, 2016, pp. 101-138.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**. Belo Horizonte, a. 60, n. 188, pp. 29-60, jan./mar. 2009.

BATALHA, Elisa. Filas da saúde: os obstáculos ao acesso de qualidade e os caminhos que garantem o cuidado. **Radis**, Rio de Janeiro, n. 159, pp. 19-20, dez. 2015.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da Saúde Pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2011.

BIEHL, João. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health and Metamorphosis of Biopolitics. **Lua Nova**, n.98, pp. 77-105, 2016.

_____. The judicialization of biopolitics: Claiming the right to pharmaceuticals in Brazilian courts. **American Ethnologist**, v. 40, n. 3, pp. 419-436, 2013.

_____. **Will to live**: AIDS therapies and the politics of survival. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007.

BIEHL, João; AMON, Joseph J.; SOCAL, Mariana; PETRYNA, Adriana. Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. **Health and Human Rights**: an international journal, v. 14, n. 1, 2012.

BISOL, Jairo. Judicialização desestruturante: revezes de uma cultura jurídica obsoleta. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (Orgs.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, v. 4, 2008.

BITTENCOURT, Guaraci Bragança. O “Estado da Arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 5, n. 1, pp. 102-121, 2016.

BLENDON, Robert J.; BRODIE, Mollyann; BENSON, John. What happened to Americans' support for the Clinton health plan? **Health Affairs**, 14, n. 2, pp. 7-23, 1995.

BLENDON, Robert J.; BENSON, John; CASEY, Logan. Health Care in the 2016 Election — A View through Voters' Polarized Lenses. **New England Journal of Medicine**, v. 375, e37, 2016.

BLUMBERG, Linda J.; KARPMAN, Michael; BUETTGENS, Matthew; SOLLEVELD, Patricia. **Who Are the Remaining Uninsured, and What Do Their Characteristics Tell Us about How to Reach Them?** Washington, DC: Urban Institute, 2016.

BLUMBERG, Linda J.; BUETTGENS, Matthew; Holahan, John. **Implications of partial repeal of the ACA through reconciliation.** Washington, DC: Urban Institute, 2016.

BLUMENTHAL, David.. Employer-Sponsored Health Insurance in the United States – Origins and Implication. **New England Journal of Medicine**, v. 355, n. 1, pp. 82-88, 2006.

BODENHEIMER, Thomas; GRUMBACH, Kevin. **Understanding health policy: A clinical approach.** San Francisco: McGraw Hill, 2012.

BOIES, Kimberly Cogdell. Using the Flexibility of the Affordable Care Act to Reduce Health Disparities by Creatively Structuring Health Insurance Exchanges. **Journal of Civil Rights & Economic Development**, v. 26, n.1, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil.** Brasília: Paz e Terra Política, 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão sobre planos de saúde define roteiro de trabalhos.** Saúde. Brasília, 2017. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/535593-COMISSAO-SOBRE-PLANOS-DE-SAUDE-DEFINE-ROTEIRO-DE-TRABALHOS.html>

Acesso em: 03, ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016:** ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: CNJ, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª ed. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Comitê Executivo Estadual de Saúde de Minas Gerais. **Judicialização em números – Gastos decorrentes da Judicialização da Saúde**. Disponível em: http://www.comitesaudemg.com.br/www/wp-content/uploads/2017/07/evolucao_gastos_1.pdf
Acesso em: 20, ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Comitê Executivo Estadual de Saúde de Minas Gerais. **Judicialização em números - Dados estatísticos sobre demandas de saúde**. Disponível em: http://www.comitesaudemg.com.br/www/wp-content/uploads/2017/07/dados_estaticos_2.pdf
Acesso em: 20, ago. 2017.,

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Comitê Executivo Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul. **Ação de Planejamento e de gestão sistêmicos com foco na saúde**. Disponível em: https://www2.jfrs.jus.br/wp-content/uploads/2013/10/cartilhapagsagosto_20151.pdf
Acesso em: 22, ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010**. Publicada no DJE/CNJ nº 61/2010, p. 4-6, Brasília, 07 abr. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf
Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010**. Publicada no DJE/CNJ nº 61/2010, p. 9-10, Brasília, 7 abr. 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n107-06-04-2010-presidencia.pdf
Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 36 de 12 de julho de 2011**. Publicada no DJ-e nº 129/2011, p. 3-4, Brasília, 14 jul. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1227>
Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A gestão do SUS**. Coleção para entender a gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Coleção para entender a gestão do SUS. **Direito à Saúde**. Brasília: CONASS, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. CONASS Debate. **Saúde: para onde vai a nova classe média**. Brasília: CONASS, 2013.

BRASIL, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A Assistência Farmacêutica no SUS**. Coleção para entender a gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados consolidados da saúde suplementar**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>
Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Transparência e diálogo com a sociedade**. Brasília, ANS, 30 jun. 2017. Sobre a ANS. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3969-transparencia-e-dialogo-com-a-sociedade>
Acesso em: 25 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notas taquigráficas. **O acesso às prestações de saúde no Brasil** – desafios ao Poder Judiciário. Ingo W. Sarlet. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr. Ingo Sarlet titular da PUC .pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet_titular_da_PUC_.pdf)
Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notas taquigráficas. **Gestão do Sus** – Legislação do Sus e Universalidade do Sistema. Jairo Bisol. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr Jairo Bisol.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Jairo_Bisol.pdf)
Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Ministério da Saúde lança protocolos clínicos para 12 doenças raras**. Brasília, Ministério da Saúde, 16 jun. 2015. Doenças raras. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/18086-ministerio-da-saude-lanca-protocolos-clinicos-para-12-doencas-raras>
Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Componente Especializado da Assistência Farmacêutica**: inovação para a garantia do acesso a medicamentos no SUS. Brasília: Ministério da Saúde (SCTIE), 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Relatório, item 102. Julgado em 16/08/2017. Disponível em:

<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

Acesso em: 24 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **TC 009.253/2015-7**. Relator: Ministro Bruno Dantas. Relatório, item 102. Julgado em 16/08/2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

Acesso em: 24 ago. 2017.

BRASIL. IPEA. **Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Brasília: IPEA, 2011.

BRASIL. Senado Federal. **A “Agenda Brasil” sugerida por Renan Calheiros**. Brasília: Agência Senado, 11 ago. 2015. Disponível em:

<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/10/a-agenda-brasil-sugerida-por-renan-calheiros>

Acesso em: 16 ago. 2017.

BRESNAHAN, John; EVERETT, Burgess; HABERKORN, Jennifer; KIM, Seun Min. Senate rejects Obamacare repeal. **Health Care**. Politico. Washington, 28 jul. 2017. Disponível em: <http://www.politico.com/story/2017/07/27/obamacare-repeal-republicans-status-241025>

Acesso em: 01 ago. 2017.

BRITNELL, Mark. **In Search of the Perfect Health System**. Londres/Nova Iorque: Macmillan Education/Palgrave, 2015.

BUSS, Paulo Marchiori; LABRA, Maria Eliana. **Sistemas de Saúde: continuidades e mudanças**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

BUTLER, Stuart. The Future of the Affordable Care Act: Reassessment and Revision. **JAMA**, v. 316, n. 5, pp. 495-497, 2016.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. Paradoxos na construção do SUS. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, pp. 705-708, set. 2015.

_____. **Reforma da Reforma: repensando a saúde**. São Paulo: Hucitec, 1992.

CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques *et al.* Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Revista de saúde pública**, v. 46, n. 5, pp. 784-790, 2012.

CANCIAN, Natália. Decisão do STF sobre fornecimento de remédios guiará ações pelo país. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 set. 2016. Cotidiano. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1816469-decisao-do-stf-sobre-fornecimento-de-remedios-guiara-aco-es-pelo-pais.shtml>

Acesso em: 20 ago. 2017.

CANCIAN, N.; MASCARENHAS, G.. Ministros do STF propõem critérios para acesso a remédio sem registro. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 28 set. 2016. Cotidiano. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817677-relator-muda-voto-e-exige-participacao-familiar-no-custeio-de-tratamentos.shtml>

Acesso em: 20 ago. 2017.

CANCRYN, Adam; FERRIS, Sarah. CBO: House Obamacare repeal bill would leave 23 million more uninsured. Washington, 24 maio 2017. **Story**. Político. Disponível em:

<http://www.politico.com/story/2017/05/24/cbo-report-on-healthcare-reform-238786>

Acesso em: 01 ago. 2017.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil, o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CASTRO, Marcus Faro de. **Dimensões Políticas e Sociais do Direito Sanitário Brasileiro**. In: ARANHA, Márcio Iório (Org.). **Direito Sanitário e Saúde Pública**: coletânea de textos. Brasília: Editora MS, v. 1, 2003.

CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Portela Fernandes Eugenio. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**, v. 26, n. 4, pp. 1335- 1356, dez. 2016.

CHACON, Vamireh. **Vida e Morte das Constituições Brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CHERNEW, Michael E.; ROSEN, Allison B.; FENDRICK, A. Mark. Value-Based Insurance Design. **Health Affairs**, v. 26, n. 2, pp. 195-203, 2007.

CIARLINI, ALVARO. Desjudicialização da Saúde: um Bem Necessário? **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 6, n. 28, pp. 102-106, 2009.

_____. **Direito à Saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIEGLINSKI, Thaís. **CNJ avança para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde**. Agência CNJ de Notícias. Brasília, CNJ, 16 mar. 2017. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>

Acesso em: 20 ago. 2017.

CNI-IBOPE. **Retratos da Sociedade Brasileira: Problemas e Prioridades do Brasil para 2014**. Confederação Nacional da Indústria. Brasília. CNI, 2014.

COALIZÃO SAÚDE. **Proposta para o sistema de saúde brasileiro**. São Paulo, 2016. Disponível em:

http://icos.org.br/wp-content/uploads/2016/04/Coalizao_Brochura.pdf

Acesso em: 03 ago. 2017.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Intepretação Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

COHEN, I. Glenn; DANIELS, Norman; EYAL, Nir Morechay (Ed.). **Identified versus statistical lives: an interdisciplinary perspective**. Oxford University Press, 2015.

COLLUCCI, Claudia. Judicialização faz desigualdade na saúde avançar. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 29 mar 2014. Especial. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/158639-judicializacao-faz-desigualdade-na-saude-avancar.shtml>

Acesso em: 25 ago. 2017.

COLOMBO, Francesca; TAPAY, Nicole. Private Health Insurance in OECD Countries: the Benefits and Costs for Individuals and Health Systems. **OECD Health Working Paper**, Paris: OECD Publishing, n. 15., 2004.

COLLUCCI, C.. Tamanho do SUS precisa ser revisto, diz novo Ministro da Saúde. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 17 maio 2016. Cotidiano. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/05/1771901-tamanho-do-sus-precisa-ser-revisto-diz-novo-ministro-da-saude.shtml>

Acesso em: 23 jun. 2016.

CORRALO, Giovani da Silva. A Democracia, as Políticas Públicas e os sistemas municipais de participação social: a repercussão local do Decreto Federal 8.243/2014. **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 1, Rio de Janeiro, pp. 178-198, 2017.

CORTES, Soraya Vargas. Instituições participativas e acesso a serviços públicos nos municípios brasileiros. In: PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). **Efetividade das Instituições Participativas no Brasil**: estratégias de avaliação. Brasília, IPEA, 2011, v. 7, pp. 77-84.

COSTA, Amanda. Em 5 anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais. **Agência Saúde**. Brasília, out 2015. Disponível em:

<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>

Acesso em: 28 maio 2016.

COSTA, Ricardo César Rocha da. Descentralização, Financiamento e Regulação: a Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 18, pp. 49-71, 2002.

COSTA, Nilson do Rosário; VAITSMAN, Jeni. Universalization and Privatization: How Policy Analysis can Help Understand the Development of Brazil's Health System. **Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice**, v. 16, n. 5, pp. 441-456, out 2014.

CUELLO, Leonardo. Delivery System Reform and Medicaid Caps. **National Health Law Program**, v. 45, dez. 2016. Disponível em: <http://www.healthlaw.org/issues/health-care-reform/2016-12-health-advocate#.WYPfpXeGP-Z>
Acesso em: 03 ago. 2017.

DAHL, Robert A.. **Poliarquia**. São Paulo: EDUSP, 1997.

_____. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAHL, Espen; IVAR ELSTAD, Jon; HOFLOSS, Dag ; MARTIN-MOLLARD, Melissa. For Whom Is Income Inequality Most Harmful? A Multi-level Analysis of Income Inequality and Mortality in Norway. **Social Science & Medicine**, Boston, v. 63, n. 10, pp. 2562-574, 2006.

DAIN, Sulamis. O financiamento público na perspectiva da política social. **Economia e Sociedade**, [S.l.], v. 10, n. 2, pp. 113-140, 2001.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Judiciário e o Direito à Saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DANIELS, Norman. International health inequalities and global justice: toward a middle ground. In: **Global health and global health ethics**. Cambridge/Nova Iorque: Cambridge University Press, pp. 97-107, 2011.

DAVID, Grazielle; ANDRELINO, Alane; BEGHIN, Nathalie. **Direito a medicamentos**: avaliação das despesas com medicamentos no âmbito federal do Sistema Único de Saúde entre 2008 e 2015. Brasília: INESC, 2016.

DAVIS, Karen; STREMIKIS, Kristof; SQUIRES, David; SCHOEN, Cathy. 2014 Update Mirror, Mirror on the Wall: How the U.S. Health Care System Compares Internationally. **The Commonwealth Fund**, jun 2014. Disponível em:

http://www.commonwealthfund.org/~media/files/publications/fund-report/2014/jun/1755_davis_mirror_mirror_2014.pdf

Acesso em: 20 jun. 2017.

DEJONKER, Jason J. Medicare Appeals and Interpretation: Meeting the Reasonable Expectations of Medicare Users Through a Comparison to Private Health Insurance. **The Elder Law Journal**, v. 8, p. 103, 2000, p. 104.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. **Tempus Actas de Saúde Coletiva**, v. 5, n. 4, pp. 97-106, 2011.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde em Debate**, v. 39, n. 105, p. 506-513, 2015.

DELDUQUE, Maria Célia. **A Mediação Sanitária como novo paradigma alternativo à judicialização das políticas de saúde no Brasil**. In: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Ciência e Tecnologia em Saúde. Coleção para entender a gestão do SUS - Direito à Saúde. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_9B.pdf

Acesso em: 22 ago. 2017.

DIAS, Maria Socorro de Araújo *et al.* Judicialização da saúde pública brasileira. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 6, n. 2, 2016.

DINIZ, Débora. **Zika, do sertão nordestino à ameaça global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

DINIZ, Débora; GUMIERI, Sinara; BEVILACQUA, Beatriz Galli; COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard. Zika virus infection in Brazil and human rights obligations. **International Federation of Gynecology and Obstetrics**, v. 136, pp. 105-110, 2017.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D.. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, mar. 2012.

DINIZ, Rodrigo Vaslin. Controle Judicial de Políticas Públicas de Medicamentos no Superior Tribunal de Justiça: necessidade de critérios objetivos. In: ASENSI, Felipe *et al* (Coords.). **Direito e Saúde**: enfoques interdisciplinares. Curitiba: Juruá, 2013.

DOMINGUEZ, Bruno. Planos Populares. **Radis**, Rio de Janeiro, n. 175, abr. 2017.

DUTRA, Roberto; CAMPOS, Mauro Macedo. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. **Conexão Política**, Teresina, v. 2, n. 2, pp. 11-47, ago./dez., 2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **La Democracia Possible**. Barcelona: Paidós, 2008.

FALCÃO, M.. **Universalismo X segmentação: Para onde vai o sistema de saúde brasileiro?** São Paulo, 24 jul. 2017. Rede Humaniza SUS. Disponível em: <http://www.redehumanizaus.net/96488-universalismo-x-segmentacao-para-onde-vai-o-sistema-de-saude-brasileiro>
Acesso em: 24 jul. 2017.

FARIA, Lina Rodrigues de; SANTOS, Luiz Antonio de Castro. **A Reforma Sanitária no Brasil: ecos da Primeira República**. Bragança Paulista: EDUSF, 2003.

FARRELL, Margaret G. The Need for a Process Theory: Formulating Health Policy through Adjudication. **Journal of Law and Health**, v. 8, n. 1, p. 201-221, 1993.

FAVERET, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 3, pp.139-162, 1990.

FERRAZ, Octavio. Luiz Motta.; WANG, Daniel Wei Liang. As duas portas do SUS. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 jun. 2014. Tendências e Debates. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/06/1472761-octavio-ferraz-e-daniel-wang-as-duas-portas-do-sus.shtml#> =
Acesso em: 20 jun. 2016.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Sistema Único de Saúde e o Princípio da Sustentabilidade: interconexões e perspectivas acerca da proteção constitucional da saúde**. 2013. Tese – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Porto Alegre, 2013.

FIOCRUZ. **As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil**. Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008.

FLEURY, Sonia. Judicialização pode salvar o SUS. **Saúde em debate**, v. 36, n. 93, pp. 159-162, 2012.

FLOOD, Colleen M.; GROSS, Aeyal. Litigating the right to health: What can we learn from a comparative law and health care systems approach. **Health and Human Rights Journal**, v. 16, n. 2, p. 62-72, 2014.

FONSECA, Cristina M. Oliveira. **Saúde no Governo Vargas (1930-1945): dualidade institucional de um bem público**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRANCO, Luis Felipe Galeazzi. Judicialização da Saúde e a importância do conhecimento da Medicina Baseada em Evidências como ferramenta de constatação dos requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em ações judiciais em que se pleiteiam medicamentos e tratamentos. In: NETO, Elias Higino dos Santos; CASTRO, Gabriela Moreira (Coords.). **Direito Sanitário: manifestações atuais e visão crítica de advogados de Estado**. Brasília: Kiron, 2012.

FRANCO, Selma C.; CAMPOS, Gastão W. de S.. Acesso a ambulatório pediátrico de um hospital universitário. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 32, n. 4, pp. 352-360, Ago. 1998.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala**. São Paulo: Global, 2013.

_____. **Médicos, doentes e contextos sociais: uma abordagem sociológica**. Rio de Janeiro: Globo, 1983.

FUNCIA, Francisco Rózsa; MENDES, Áquilas. O SUS e seu financiamento. In: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sergio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde; OPAS/OMS no Brasil, 2016, pp. 139-168.

GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de lei. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 367-374.

GARAMOND PRESS. **Obamacare for Beginners**. Berkeley, 2013.

GARCIA, Leila Posenato; SANT'ANNA, Ana Cláudia; MAGALHAES, Luís Carlos Garcia de; AUREA, Adriana Pacheco. Gastos com saúde das famílias brasileiras residentes em regiões metropolitanas: composição e evolução no período 1995-2009. **Ciência & saúde coletiva**, v.18, n.1, pp.115-128, p. 2013.

GAWRYSZEWSKI, A.B.; OLIVEIRA, D.C.; GOMES, A.T.. Acesso ao SUS: representações e práticas de profissionais desenvolvidas nas Centrais de Regulação. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 22, n. 1, pp. 119-140, Jan. 2012.

GEBRAN NETO, João Pedro. Buscando uma lógica organizativa na judicialização da saúde. In: SHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro (Orgs.). **Direito à Saude**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo, 2015.

_____. Como usar a saúde baseada em evidências. In: SHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro (Orgs.). **Direito à Saude**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo, 2015

GERSCHMAN, Silvia. **A Democracia Inconclusa**: um estudo da Reforma Sanitária Brasileira. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004.

_____. Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde: União Européia e Brasil. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1441-1451, out. 2008.

GILSON, Lucy L. Michael Lipsky, Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Service. **Oxford Handbooks Online**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GLOPPEN, Siri. Litigating Health Rights: Framing the Analysis. In: **Litigating Health Rights**: Can Courts Bring more Justice to Health. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Democracia Radical & Experimentalismo Democrático**: comentários ao sumário de teses progressistas de Roberto Mangabeira Unger. Barueri, SP: Editora Manole, 2008.

_____. **Direito & Utopia em Roberto Mangabeira Unger**: democracia radical, imaginação institucional e esperança como razão. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri, SP: Editora Manole, 2004.

GOMES, Dalila F. *et al.* Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá? **Saúde em Debate**, v. 38, n. 100, pp. 139-156, 2014.

GOMES, Fernanda de Freitas Castro *et al.* Acesso aos procedimentos de media e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, jan. 2014, pp. 31-42.

GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos (Org.). **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

GOROVITZ, Eric. Public Health and Politics: Using the Tax Code to Expand Advocacy. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 45, n. 1, p. 24-27, 2017.

GOUVEA, Carlos Portugal. Social Rights Against the Poor. **ICL Journal**, v. 7, n. 4, pp. 454-475, 2013.

GOYAL, M. K.; KUPPERMANN N.; CLEARY, S.D.; TEACH, S.J.; CHAMBERLAIN, J. M.. Racial Disparities in Pain Management of Children With Appendicitis in Emergency Departments. **JAMA Pediatrics**, v. 16, n. 11, pp. 996-1002, 2015.

GRAZIANE, Élide. **Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira**. (Projeto Futuro do Brasil - Ideias para a Nação). Rio de Janeiro: FIOCRUZ, Centro de Estudos Estratégicos, 2017. Disponível em: <http://www.cee.fiocruz.br/?q=node/587>
Acesso em: 22 ago. 2017.

GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade**: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique, **Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde**. In: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Ciência e Tecnologia em Saúde. Coleção para entender a gestão do SUS - Direito à Saúde. Brasília: CONASS, 2015, pp. 8. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf Acesso em: 22 ago. 2017.

GURGEL, Idê Gomes Dantas. **A pesquisa científica na condução de políticas de controle de doenças transmitidas por vetores**. 2007. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, 2007.

GUSTAFON, Jessica L.; PENDLETON, Abby. **What are Medicare Appeals?**. Chicago: American Bar Association, Health Law Section, 2015.

HABER, Michel. **A Tributação e o Financiamento do Direito à Saúde no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2012.

HABER, Michel; CHRISTOPOULOS, Basile George Campos; TORRES, Ricardo Ezequiel. Despesa Pública. In: OLIVEIRA, R. F. (Org.). **Lições de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2016.

HALL, Mark. Employment-Based Health Coverage. The Oxford Handbook of U.S. Health Law. **Oxford Handbooks Online**, 2015, p. 14. Disponível em:

<http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199366521.001.0001/oxfordhb-9780199366521-e-33>

Acesso em: 30 jun. 2017.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HANSEN, Orval; BLENDON, Robert J.; BRODIE, Mollyann; BENSON, John; ORTMANS, Jonathan; JAMES, Matt; NORTON, Christopher; ROSENBLATT, Tana. Lawmakers' Views on the Failure of Health Reform: A Survey of Members of Congress and Staff. **Journal of Health Policy, Politics and Law**, v. 21, n. 1, pp. 137-151, 1996.

HARE, Richard Mervyn. **A linguagem da moral**. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HARRIS, N. Bronwyn; EYLES, John; PENN-KEKANA, Loveday; FIRED, Jana; NYATHELA, Harry; THOMAS, Liz; GOUDGE, Jane. Bringing Justice to Unacceptable Health Care Services? Street-Level Reflections from Urban South Africa. **International Journal of Transitional Justice**, v. 8, pp. 141–161, 2014.

HEIMAN, Harry. J., and ARTIGA, Samantha. Beyond Health Care: The Role of Social Determinants in Promoting Health and Health Equity. **Kaiser Family Foundation**, 2015.

HOLMWOOD, John. Europe and the 'Americanization' of British Social Policy. **European Societies**, v. 2, n. 4, pp. 453-482, 2000.

HSIAO, William. Why Is A Systemic View Of Health Financing Necessary? **Health Affairs**, v. 26, n. 4, pp. 950-961, Jul-Ago 2007.

IMMERVOL, Harwig; LEVY, Horácio; NOGUEIRA, José Ricardo; O'DONOGHUE, Cathal; SIQUEIRA, Rozane Bezerra. **The Impact of Brazil's Tax-Benefit System on Inequality and Poverty**. Goettingen: Georg-August-Universitat Gottingen, 2005.

JACOBSON, Peter D.; SOLIMAN, Soheil. Litigation as public health policy: theory or reality?. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 30, n. 2, p. 224-238, 2002.

JAFFE, Louis Leventhal. **Judicial control of administrative action**. Little, Brown, 1965.

JAGODA, Naomi. Senate bill would repeal most ObamaCare taxes, delay Cadillac tax. **The Hill**, Washington, 2017. Disponível em:

<http://thehill.com/policy/finance/339004-senate-bill-would-repeal-most-obamacare-taxes-delay-cadillac-tax>

Acesso em: 04 ago. 2017.

JONES, Camara Phylis. Levels of racism: a theoretic framework and a gardener's tale. **American Journal of Public Health**, v. 90, n. 8, pp. 1212-1215, 2000.

JOST, Timothy Stoltzfus. Health Law and Administrative Law: A Marriage Most Convenient. **St. Louis University Law Journal**, vol. 49, 2004.

_____. Access to Health Insurance and Health Benefits. The Oxford Handbook of U.S. Health Law. **Oxford Handbooks Online**, 2015. Disponível em:

<http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199366521.001.0001/oxfordhb-9780199366521-e-8>

Acesso em: 07 mar. 2017.

KAISER FAMILY FOUNDATION. **Summary of the Affordable Care Act**. Menlo Park, 2017. Disponível em:

<<http://files.kff.org/attachment/Summary-of-the-Affordable-Care-Act>>

Acesso em: 31 jul. 2017.

KAISER FAMILY FOUNDATION. **National Health Insurance: A Brief History of Reform Efforts in the U.S.** Menlo Park, 2009, p. 1. Disponível em:

<https://kaiserfamilyfoundation.files.wordpress.com/2013/01/7871.pdf>

Acesso em: 26 jul. 2017.

KINNEY, Eleanor D.. In Search of Bureaucratic Justice – Adjudicating Medicare Home Health Benefits in the 1980s. **Administrative Law Review**, p. 251-303, 1990.

_____. The Role of Judicial Review Regarding Medicare and Medicaid Program Policy: Past Experience and Future Expectations. **Saint Louis University Law Journal**, v. 35, n. 4, pp. 759-792, 1991.

_____. Administrative law and the public's health. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 30, n. 2, p. 212-223, 2002.

_____. Medicare Coverage Decision-Making and Appeal Procedures: Can Process Meet the Challenge of New Medical Technology?. **Washington and Lee Law Review**, v. 60, n. 4, p. 1461, 2003.

KLEIN, Rudolf. Learning from Others: Shall the Last Be the First. **Journal of Health Politics, Policy and Law**, v. 22, n. 5, pp.1267-1278, 1997.

KONTIS, Vasilis; BENNETT, James; MATHERS, Colin; LI, Guangquan; EZZATI, Majid. Future life expectancy in 35 industrialised countries: projections with a Bayesian model ensemble. **The Lancet**, v. 389, issue 10076, pp. 1323-1335, 2017.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LEÃO Jr., Teófilo Arêa; PUGLIESI, Renan Cauê Miranda; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Políticas Públicas e Interferências Judicial: Desafios e Perspectivas na Concessão de Medicamentos de Alto Custo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 2, pp. 323-352, abr./jun. 2017.

LEVINE, Samuel. Health Advocacy: The Lawyer's Role. **New York State Bar Journal**, vol. 47(4), pp. 270-273, Jun 1975.

LIND, Michael. **The Next American Nation: the new nationalism and the fourth American Revolution**. Nova Iorque: Free Press, 1995.

LIMA, Thalita Moraes. **O Discurso Judicante do Supremo Tribunal Federal: se o direito à saúde falasse**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, Uniceub, Brasília, 2012.

LIPSKY, Michael. **Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services** (30th anniversary edition). Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 2010.

LOCK, S. L.; SIEMON, D.. Litigation Strategies for Medicare and Medicaid Home Health Coverage. **Clearinghouse Review**, v. 34, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Editora Ariel, 1986.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista de Administração Pública-RAP**, v. 46, n. 4, 2012.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila *et al.* Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 3, pp. 590-598, jun 2011.

MACIEL, Ethel Leonor Noia. Post-2015 agenda strategies for tuberculosis control in Brazil: challenges and opportunities. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 25, n. 2, pp. 423 -426, jun. 2016.

MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Vanessa Rocha. STF e os parâmetros para a judicialização da saúde. **Jota**. Artigos. Brasília, 16 jan. 2017. Saúde. Disponível em: <https://jota.info/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017>

Acesso em: 21 ago. 2017.

MANNING, Sara; RANDAZZO, Kirk. A. Leveling the playing field? Litigant success rates in health-care policy cases in the US Courts of Appeals. **Justice System Journal**, v. 30, n. 3, p. 245-253, 2009.

MARINETTO, Michael. A Lipskian Analysis of Child Protection Failures from Victoria Climbié to 'Baby P': A Street-Level Re-evaluation of Joined-up Governance." **Public Administration**, v. 89, n. 3, pp. 1164–81, 2011.

MARQUES, Eduardo. **Redes sociais, segregação e pobreza**. São Paulo: Editora UNESP, Centro de Estudos da Metrópole, 2010.

MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Desafios e perspectivas futuras no financiamento do SUS. In: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sergio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde; OPAS/OMS no Brasil, 2016, pp. 247-260.

MARQUES, Sílvia Badim. A Judicialização da saúde e a proposta de regulamentação da integralidade de assistência farmacêutica e terapêutica no Brasil. In: ROMERO, Luiz Carlos; DELDUQUE, Maria Célia (Orgs.). **Estudos de Direito Sanitário: a produção normativa em saúde**. Brasília: Senado Federal, pp. 143-153, 2011.

MARTINS, Maristela Santini et al. Direitos dos pacientes requeridos em um serviço público de ouvidoria. **Northeast Network Nursing Journal**, v. 16, n. 3, pp. 337-344, 2016.

MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State: debunking public vs. private sector myths**. Nova Iorque: PublicAffairs, 2015.

MECHANIC, David. The Americanization of the British National Health Service. **Health affairs**, v. 14, n.2 , pp.51-67, 1995.

MEDEIROS, Fabrício Juliano M.. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora; DOEDERLEIN SCHWARTZ, Ida Vanessa. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 4, 2013.

MELO, A.. Ações na Justiça para a compra de medicamentos crescem mais de 1.000%. **Correio Braziliense**. Brasília, 26 dez 2016. Brasil - Política. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2016/12/26/internas_polbraco,562579/acoes-na-justica-para-a-compra-de-medicamentos-crescem-mais-de-1-000.shtml

Acesso em: 19 ago. 2017.

MENDES, Áquilas Nogueira. A saúde pública brasileira num universo "sem mundo": a austeridade da Proposta de Emenda Constitucional 241/2016. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016.

MENDES, Áquilas; WEILLER, José Alexandre Buso. Renúncia fiscal (gasto tributário) em saúde: repercussões sobre o financiamento do SUS. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, pp. 491-505, 2015.

MENDES, Eugênio Vilaça. **Os grandes dilemas do SUS**. Salvador: Casa da Qualidade, 2001.

MENDES, Danilo Cangussu *et all*. A comparison between the Brazilian and the American Health Care System. **EFDEPORTES**, Revista Digital, Buenos Aires, n. 187, 2013.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves; MACHADO, José Ângelo. Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: Individual Rights versus Collective Rights. **Revista Brasileira de Ciência Política**, v. 4, n. 1, pp. 33-68, 2010.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves; MACHADO, José Angelo. Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: individual rights versus collective rights. **Brazilian political science review (Online)**, Rio de Janeiro, v. 5, 2010. Disponível em:

http://socialsciences.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-38212010000100002&lng=en&nrm=iso

Acesso em: 25 ago. 2017.

MESSEDER, Ana Márcia; CASTRO, Claudia Garcia Serpa Osorio de; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, pp. 525-534, mar./abr., 2005.

MIGUEL, Luis Felipe. Democracia e sociedade de classes. **Revista Bras. Ciênc. Política**, Brasília, n. 9, pp. 93-117, 2012.

MIGUEL FERREIRA, Luiz Antonio; JAMIL CURY, Carlos Roberto. A judicialização da educação. **Revista CEJ**, v. 13, n. 45, pp. 32-45, 2009.

MILKEN INSTITUTE FASTER CURES CENTER. **A Closer Look at Alternative Payment Models**. Washington, 2014, 8p. Disponível em:

<<http://www.fastercures.org/assets/Uploads/PDF/VC-Brief-AlternativePaymentModels.pdf>>
Acesso em: 24 jun. 2017.

MILLER, Thomas P., Health Reform: Only A Cease-Fire In A Political Hundred Years' War. **Health Affairs**, v. 29, n. 6, pp. 1101-5, 2010, p. 1101.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **As relações entre o Sistema Único de Assistência Social - SUAS e o Sistema de Justiça**. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): IPEA, 2015.

MIRANDA, Adriana. **Movimentos sociais, AIDS e cidadania: o direito à saúde no Brasil a partir das lutas sociais**. Brasília: Dissertação (Mestrado em Direito) - Unb, 2007.

MORAIS, Hosana. SUS Mediado atende 810 pessoas e reduz 90% dos processos de saúde. **G1 Rondônia**. Porto Velho, jan 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2017/01/sus-mediado-atende-810-pessoas-e-reduz-90-dos-processos-na-saude.html>
Acesso em: 28 ago. 2017.

MORONE, James A.. Presidents and Health Reform: From Franklin D. Roosevelt to Barack Obama. **Health Affairs**, v. 29, n. 6, pp. 1096-1100, 2010.

MULLER, Pierre; SUREL, Yves. **A análise das políticas públicas**. Pelotas: Educat, 2002.

NATIONAL HEALTH LAW PROGRAM. Reflections on 25 years of health law advocacy. **Clearinghouse Review**, vol. 26(1), p.110-116, 1992, p. 112.

NASCIMENTO, Ingrid Jeber. **Healthcare Systems in Brazil and the United States: a Comparative Analysis**. 2013. Dissertação - Department of Political Science and International Affairs, Kennesaw State University, Kennesaw, Georgia, 2013.

NASCIMENTO, Luciano. Prefeitos pedem celeridade ao STF no julgamento de ações envolvendo municípios. **Agência Brasil (EBC). Política**. Brasília, 31 jan. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-01/prefeitos-pedem-celeridade-ao-stf-no-julgamento-de-acoes-envolvendo>
Acesso em: 22 ago. 2017.

NEFF, Emma C. From Equal Protection to the Right to Health: Social and Economic Rights, Public Law Litigation, and How an Old Framework Informs a New Generation of Advocacy. **Columbia Journal of Law and Social Problems**, v. 43, n. 2, p. 151, 2009.

NISHIJIMA, Marislei; CYRILLO, Denise Cavallini; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. Análise econômica da interação entre a infraestrutura da saúde pública e privada no Brasil. **Econ. soc.**, v.19, n.3, pp. 589-611, 2010.

NOBRE, André Luiz Cândido Sarmento Drumond; DIAS, Orlene Veloso; LEITE, Maisa Tavares de Souza; FREITAS, Daniel de Melo; COSTA, Simone de Melo. Distributive justice in specialized health service and in access to medication. **Rev. Bioética**, Brasília, v. 23, n. 2, pp. 373-386, 2015.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. A denominada Judicialização da Saúde: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. NOBRE, Noéli. **Ministro critica chamada “judicialização” da saúde**. Radioagência Câmara dos Deputados. Brasília, junho 2015. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/490496-MINISTRO-CRITICA-CHAMADA-JUDICIALIZACAO-DA-SAUDE.html>

Acesso em: 20 ago. 2017.

OBAMA, Barack. United States Health Care Reform: Progress to Date and Next Steps. **JAMA**, v. 316, n. 5, pp. 525-532, 2016.

OCDE (Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico). Private Health Insurance in OECD Countries. The OECD Health Project. **OECD Publishing**, Paris, 2004. Disponível em:

<http://www.oecd.org/health/privatehealthinsuranceinoecdcountries-theoecdhealthproject.htm>

Acesso em: 06 maio 2017.

OCDE (2015). Health at a Glance 2015: OECD Indicators. **OECD Publishing**, Paris, pp. 165-167. Disponível em:

<http://www.oecd.org/health/health-systems/health-at-a-glance-19991312.htm>

Acesso em: 15 jun. 2017.

OCKE-REIS, Carlos Octávio; GAMA, Filipe Nogueira da. **Radiografia do gasto tributário em saúde – 2003-2013**. Nota Técnica nº 19. Brasília: IPEA, 2016.

OLIVEIRA, Evangelina Xavier Gouveia de; MELO, Enirtes Caetano Prates; PINHEIRO, Rejane Sobrino; CARVALHO, Marília Sá. Acesso à assistência oncológica: mapeamento dos fluxos origem-destino das internações e dos atendimentos ambulatoriais. O caso do câncer de mama. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, pp. 317-326, fev. 2011.

OLIVEIRA, Evangelina Xavier Gouveia de; MELO, Enirtes Caetano Prates; PINHEIRO, Rejane Sobrino; CARVALHO, Marília Sá. Condicionantes socioeconômicos e geográficos do acesso à mamografia no Brasil, 2003-

2008. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 9, pp. 3649-3664, set. 2011.

OLIVEIRA, Gisele Pinto de; PINHEIRO, Rejane Sobrino; COELI, Cláudia Medina; BARREIRA, Draurio; CODENOTTI, Stefano Barbosa. Mortality information system for identifying underreported cases of tuberculosis in Brazil. **Rev. bras. epidemiol.**, São Paulo, v. 15, n. 3, pp. 468-477, Set. 2012.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes *et al.* Mediação: um meio de desjudicializar a saúde. **Tempus Actas de Saúde Coletiva**, v. 10, n. 1, p. 169-177, 2016.

PAIM, Patrícia; MARQUETO, A. L.. **Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde: experiência do Distrito Federal**. In: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Ciência e Tecnologia em Saúde. Coleção para entender a gestão do SUS - Direito à Saúde. Brasília: CONASS, 2015, pp. 8. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_17B.pdf Acesso em: 22 ago. 2017.

PENALVA, Janaína *et al.* **Judicialização do Direito à Saúde: O caso do Distrito Federal**. Belo Horizonte, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.
PENIDO, Alexandre. "Ações judiciais impactam em até R\$ 7 bilhões no SUS", diz ministro. **Agência Saúde**. Brasília, 24 ago. 2016. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/25275-ministro-da-saude-fala-sobre-impacto-de-acoes-judiciais-no-sus> Acesso em: 19 ago. 2017.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, pp. 291-308, 2015.

PEREIRA, Tatiane Nunes *et al.* Perfil das demandas judiciais para fornecimento de fórmulas nutricionais encaminhadas ao Ministério da Saúde do Brasil. **DEMETRA: Alimentação, Nutrição & Saúde**, v. 9, pp. 199-214, 2014.

PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 41, pp. 184-203, 2012.

_____. Desjudicializando as políticas de saúde? **Revista Acadêmica** v. 86, n. 2, 2015.

PESSOA, Higor Rezende. Considerações sobre as decisões judiciais que concedem o fornecimento de medicamento sem o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. In: NETO, Elias Higino dos Santos; CASTRO, Gabriela Moreira (Coords.). **Direito Sanitário: manifestações atuais e visão crítica de advogados de Estado**. Brasília: Kiron, 2012, p. 61-77.

PESSOA, Luísa Regina et al. Reallocating the Unified Health System's supply to face attend future problems: the case of traumatology in Brazil. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 110, pp. 9-19, 2016.

PESSOTO, Umberto Catarino et al. Desigualdades no acesso e utilização dos serviços de saúde na Região Metropolitana de São Paulo. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, pp. 351-362, abr. 2007.

PEUGNY, Camille. **O destino vem do berço? Desigualdades e reprodução social**. Campinas/SP: Papyrus Editora, 2014.

PETERSEN, E. et al. Unexpected and Rapid Spread of Zika Virus in The Americas – Implications for Public Health Preparedness for Mass Gatherings at the 2016 Brazil Olympic Games. **International Journal of Infectious Diseases**, v. 44, pp. 11-15, 2016.

PHELAN, Jo C.; LINK, Bruce G.; TEHRANIFAR, Parisa. Social Conditions as Fundamental Causes of Health Inequalities: Theory, Evidence, and Policy Implications. **Journal of Health and Social Behavior**, v. 51, pp. S28-S40, 2010.

PIOLA, Sérgio Francisco; VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Implicações do Contingenciamento de despesas do Ministério da Saúde para o Financiamento Federal do Sistema Único de Saúde**. Texto para discussão 2260. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

PIOLA, S.F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. **Financiamento Público da Saúde: uma história a procura de rumo**. Texto para discussão 1.846. Rio de Janeiro: IPEA, 2013, p. 10.

PIOLA, S.F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. Estruturas de financiamento e gasto do sistema público de saúde. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, pp. 19-70.

PIOLA, S.F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. Financiamento do Sistema Único de Saúde: Trajetória Recente e Cenários para o Futuro. **Rev. Análise Econômica, Porto Alegre**, ano 30, n. especial, pp. 9-33, 2012.

PIRES, Roberto Rocha C.. Participação, exclusão e território: estratégias para a análise dos efeitos distributivos das instituições participativas. In: **Efetividade das Instituições Participativas no Brasil: estratégias de avaliação**. Brasília, IPEA, 2011, v. 7, pp. 263-277.

POLAKIEWICZ, Rafael Rodrigues; TAVARES, Claudia de Melo. Judicialização, Juridicização e mediação sanitária: Reflexões Teóricas do Direito ao acesso aos serviços de saúde. **Revista Pró-UniverSUS**, v. 8, n. 1, 2017.

PRZEWORSKI, Adam. **Qué esperar de la democracia: limites e posibilidades del autogobierno**. Buenos Aires: Siglo ventiuono editores, 2010.

RAMALHO, Renan. Governadores discutem com Cármen Lúcia guerra fiscal, saúde e precatório. **G1 Política**. Brasília, set 2016. Disponível em:

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/governadores-discutem-com-carmen-lucia-guerra-fiscal-saude-e-precatorios.html>

Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Relator no STF admite fornecimento de remédio fora da lista do SUS. **G1 Ciência e Saúde**. Brasília, 19 set 2016. Disponível em:

<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2016/09/relator-no-stf-admite-fornecimento-de-remedio-nao-registrado-na-anvisa.html>>

Acesso em: 20 ago. 2017.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; DINIZ, Isadora Moraes; MADUREIRA, Amanda Silva. O Conselho Nacional de Justiça: o Fórum da Saúde e o excesso de judicialização. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 4, n. 4, p. 81-89, 2015.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014.

REDELMEIER, Donald A.; SINGH, Sheldon M. Survival in Academy Award-winning actors and actresses. **Annals of internal medicine**, v. 134, n. 10, pp. 955-62, 2001.

REGONINI, Gloria. **Capire le politiche pubbliche**. Bologna: il Mulino, 2001

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; AZEVEDO, Sérgio de; SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos. Cidadania na Metrópole desigual: a cultura política na metrópole fluminense. In: **Cultura Política, Cidadania e Voto**: desafios para a governança metropolitana. Rio de Janeiro: Editora Letra Capital, 2012.

RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar Alberto. Judicialization of the Right to Health and Institutional Changes in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, p. 35-52, 2016.

ROBERT WOOD JOHNSON FOUNDATION. **Health Policy Brief**: Medicare's new physician payment system. Nova Jersey, 2016, 7p. Disponível em:<http://healthaffairs.org/healthpolicybriefs/brief_pdfs/healthpolicybrief_156.pdf > Acesso em: 24 jun. 2017.

ROSENBAUM, Sara. Medicaid at Fifty. **The Oxford Handbook of U.S. Health Law**. Oxford Handbooks Online, 2015. Disponível em:

<http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199366521.001.0001/oxfordhb-9780199366521-e-36>

Acesso em: 30 jun. 2017.

RODRIGUES, Paulo Henrique de Almeida; SANTOS, Isabela Soares. **Saúde e Cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS**. São Paulo: Editora Atheneu, 2009.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e Limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

ROMERO, Luiz Carlos. **Judicialização das Políticas de Assistência Farmacêutica: o caso do Distrito Federal**. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília, 2008.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impacts of the new fiscal regime on health and education. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. **Georgetown Law Journal**, v. 100, p. 53-93, 2011.

SAGAN, Anna; THOMSON, Sarah. **Voluntary health insurance in Europe: role and regulation** (Observatory Studies Series, 43). Copenhagen: WHO Regional Office for Europe/European Observatory on Health Systems and Policies, 2016.

SALTZMAN, Evan; EIBNER, Christine; ENTHOVEN, Alain. Improving The Affordable Care Act: An Assessment Of Policy Options For Providing Subsidies. **Health Affairs**, v. 34, n. 12, pp. 2095–2103, 2015.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega; FREITAS FILHO, Roberto. O direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Revista de Direito Público**, v. 12, n. 67, pp. 70-102, maio 2016.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A Saúde aos Cuidados do Judiciário: A Judicialização das Políticas Públicas de Assistência Farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, UnB, Brasília, 2009.

_____. Judicialização da Saúde: oportunidade de desenvolvimento do SUS. In: ASENSI, Felipe *et al* (Coord.). **Direito e Saúde: enfoques interdisciplinares**. Curitiba: Juruá, 2013

_____. **A relevante atuação da Defensoria Pública no Desenvolvimento do SUS**. In: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Ciência e Tecnologia em Saúde. Coleção para entender a gestão do SUS - Direito à Saúde. Brasília: CONASS, 2015, pp. 7-8. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/ccount/click.php?id=115>

Acesso em: 22 ago. 2017.

SANTOS, Alethele de Oliveira; DELDUQUE, Maria Célia; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. Os discursos na Audiência Pública da Saúde e seu impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais. **Saúde e Sociedade**, v. 24, n. 1, pp. 184-192, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS NETO, Elias Higino dos; CASTRO, Gabriela Moreira (Coord.). **Direito Sanitário: manifestações atuais e visão crítica de advogados de Estado**. Brasília: Kiron, 2012.

SANTOS, Lenir. **SUS: Desafios Político-Administrativos da Gestão Interfederativa da Saúde – Regionalizando a Descentralização**. 2012. Tese – Universidade Estadual de Campinas, UNICAMP, São Paulo, Campinas, 2012.

SANTOS, Isabela Soares. Evidência sobre o mix público-privado em países com cobertura duplicada: agravamento das iniquidades e da segmentação em sistemas nacionais de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, pp. 2743-2752, 2011.

_____. The solution to SUS is not a Brazilcare. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde**, [S.l.], v. 10, n. 3, set. 2016. ISSN 1981-6278. Disponível em:

<https://www.reciis.iciet.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/1191>

Acesso em: 19 jun. 2017.

SANTOS, Isabela Soares; UGÁ, Maria Alicia Dominguez; PORTO, Silvia Marta. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, pp. 1431-1440, 2008.

SANTOS, Isabela Soares; SANTOS, Maria Angélica Borges dos; BORGES, Danielle da Costa Leite. Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro. In: **A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013, pp. 72-131.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais a Prestações Sociais e Crise: algumas aproximações. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 16, n. 2, pp. 459-488, ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (Orgs.). **La Protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 241.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, n. 2, pp. 115-141, 2016.

SELGELID M. J. Justice, infectious diseases and globalization. In: BENATAR, S.; BROCK, G. (Orgs.). **Global Health and Global Health Ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 89–96, 2011.

SCHIEBER, George J.; GOTTRET, Pablo; FLEISHER, Lisa K.; LEIVE, Adam A.. Financing global health: Mission unaccomplished. **Health Affairs**, v. 25, n. 4, pp. 921-934, 2007.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870 – 1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARTZ, Germano; SOUZA, Alex Caldas; MONTANARI, Lais. O Direito à Saúde e a sua Interpretação na Justiça Estadual na Comarca de Caxias do Sul. In: ASENSI, Felipe *et al* (Coords.). **Direito e Saúde: enfoques interdisciplinares**. Curitiba: Juruá, 2013.

SECHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SEGATTO, C.. Os falsos doentes de R\$ 9,5 milhões. **Época**, Rio de Janeiro, 21 jun. 2016. Vida. Disponível em:

<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/os-falsos-doentes-de-r-95-milhoes.html>

Acesso em: 23 jun. 2016.

SELIGMAN, Hilary; SCHILNGER, Dean. Hunger and Socioeconomic Disparities in Chronic Disease. **New England Journal of Medicine**, v. 363, n. 1, pp. 6-9, jul. 2010.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

SCHULMAN, Gabriel; SILVA, Alexandre Barbosa. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro (org). **Direito à Saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo. 2015.

SILVA, Adriana Torquato. **Judicialização da Saúde e Mediação: Práticas e Percepções sobre a Experiência do “Sus Mediado” em Natal**. 2016. Dissertação (Mestrado em Saúde coletiva) – Ciências da Saúde - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Natal, 2016.

SILVA, Everton; ALMEIDA, Keyla Caroline de; PESSOA, Glaucia Silveira Carvalho. Análise do gasto com judicialização de medicamentos no Distrito Federal, Brasil. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 6, n. 1, pp. 112-126, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Taking from the poor to give to the rich: Individualistic enforcement of social rights, 2011. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.624.9890>. Acesso em: 26 ago. 2017.

SMITH, Richard D.; HANSON, Kara. Cap 1: What is a ‘health system’? In: **Health Systems in Low- and Middle-Income Countries**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SOARES, Adilson; SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Financiamento do Sistema Único de Saúde nos governos FHC, Lula e Dilma. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 100, mar. 2014.

SOUZA, Christiane Maia Cruz de; BARRETO, Maria Renilda Nery. **História da Saúde na Bahia**: instituições e patrimônio arquitetônico (1808-1958). São Paulo: Manole/Fiocruz, 2011.

SOUZA, Jessé (Org.). **A Ralé Brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012.

_____. **A tolice da inteligência brasileira**. São Paulo: LeYa, 2015.

TANCREDI, Mariza Vono; WALDMAN, Eliseu Alves. Survival of AIDS Patients in Sao Paulo-Brazil in the Pre- and Post-HAART Eras: A Cohort Study. **BMC Infectious Diseases**, PubMed Central (PMC), v. 14, p. 599, 2014.

TEIXEIRA, Carlos Sávio Gomes; CHAVES, Vitor Pinto. Transformação Estrutural e Direito Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, pp. 91-109, 2011.

TEIXEIRA, Carlos Sávio Gomes. **Roberto Mangabeira Unger (entrevistas)**. ,Rio de Janeiro: Editora Azougue, 2012. (Coleção Encontros).

TEMPORÃO, José Gomes. **SUS**: entre a hegemonia e a americanização. São Paulo, 7 abr. 2013. Saúde. Carta Capital. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/saude/sus-entre-a-hegemonia-e-a-americanizacao> Acesso em: 25 jun. 2017.

THORLBY, Ruth; ARORA, Sandeepa. The English Health Care System, 2015. In: MOSSIALOS, Elias; WENZL, Martin (Orgs.). **2015 International Profiles of Health Care Systems**. The Commonwealth Fund. pp. 49-58, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998.

TOMA, Tereza Setsuko; SOARES, Amanda Cristiane; SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de; DOMINGUES, Robert. Estratégias para lidar com as ações judiciais de medicamentos no estado de São Paulo. **Cadernos ibero-americanos de direito sanitário**, v. 6, n. 1, pp. 35-54, 2017.

TORRES JUNIOR, Roberto Dutra. O problema da desigualdade social na teoria da sociedade de Niklas Luhmann. **Cad. CRH**, Salvador, v. 27, n. 72, pp. 547-561, dez. 2014.

TRAVASSOS, Claudia; BAHIA, Ligia. What is the agenda for combating discrimination in the Brazilian Unified National Health System?. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, pp. 204-205, fev. 2011.

TRAVASSOS, Denise Vieira *et al.* Judicialização da saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 11, 2013.

TSEBELIS, George. Veto Players and Institutional Analysis. **Governance – International Journal of Policy and Administration**, 2000, v. 13, n. 4, pp. 441–474, 2000.

TU, Tianna; MUHLESTEIN, David; KOCOT, S. Lawrence; WHITE, Ross. **The Impact of Accountable Care: origins and future of Accountable Care Organizations**. Salt Lake City: Leavitt Partners, 11p, 2015.

TUOHY, Carolyn; FLOOD, Colleen; STABILE, Mark. How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations. **Journal of Health Politics, Policy and Law**, Duke University Press, v.29, n. 3,

pp.359-396, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

_____. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1986.

_____. **What Should Legal Analysis Become?** Londres/Nova Iorque: Verso, 1996.

_____. **Democracy Realized: the progressive alternative**. Londres/Nova Iorque: Verso, 1998.

_____. **Democracia realizada: a alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo, 1999.

_____. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **O que a esquerda deve propor**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

_____. **False Necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy**. Nova Iorque: Verso, 2004.

_____. **The Left Alternative**. Nova Iorque: Verso, 2009.

_____. Fora do ministério, Mangabeira pede para seguir com governo. **Uol notícias**, seção política, Brasília, junho 2009. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2009/06/30/fora-do-ministerio-mangabeira-pede-para-seguir-com-governo-que-ja-chamou-de-corrupto.htm>
Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Prefácio. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Os batalhadores do Brasil: nova classe média ou nova classe batalhadora?** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

_____. **The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task**. Cambridge/Londres: Verso, 2015.

_____. **Saúde: questão de consciência**. São Paulo, 24 jan. 2010. Tendências e Debates. Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaao/fz2401201009.htm>
Acesso em: 06 jul. 2016.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis- Revista de Saúde Coletiva**, v. 20, n. 1, 2010.

VIANA, Oliveira. **Populações Meridionais do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, pp. 39-85, nov. 2007.

VIANNA, Sólton Magalhães. A seguridade social, o Sistema Único de Saúde e a partilha dos recursos. **Revista Saúde e Sociedade**. São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 43-58, 1992.

VIEGAS, Selma Maria da Fonseca; PENNA, Cláudia Maria de Mattos. O SUS é universal, mas vivemos de cotas. **Ciênc. saúde coletiva**, v.18, n.1, pp.181-190, 2013.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Impact of recent decisions and discussions on the Brazilian Public Health System financing. **Saúde debate**. Rio de Janeiro , v. 40, n. 109, p. 187-199, Jun. 2016 .

VIEIRA, Fabíola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci Sá. **Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Nota Técnica nº 28. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci Sá. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revistas de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, Brasília: UnB, v. 10, n. 3, 2016.

WANG, Daniel Wei Liang. **Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?: the judicial review of rationing decisions in brazil and England**. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Econômicas) - London School of Economics, Londres, 2013.

WANG, Daniel Wei Liang; VASCONCELOS, Natália Pires; OLIVEIRA, Vanessa Elias; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública-RAP**, v. 48, n. 5, 2014.

WERNECK VIANNA, Maria Lúcia Teixeira. **A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

WEST, Cornel. **Democracy Matters**. Nova Iorque: Penguin Books, 2004.

WEST, Cornel; UNGER, Roberto Mangabeira. **O Futuro do Progressismo Americano**: uma iniciativa de reforma política e econômica. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

WERHAN, Keith. **Principles of Administrative Law**. Saint Paul/MN: West Academic Publishing, 2014.

WILLIAMS, David .R.; COLLINS, Chiquita. Racial Residential Segregation: A Fundamental Cause of Racial Disparities in Health. **Public Health Reports**, v. 116, pp. 404-416, out. 2001.

WILLIAMS, David .R.; MOHAMMED, Selina A.. Racism and Health I: Pathways and Scientific Evidence. **American Behavioral Scientist**, v. 57, n. 8, pp. 1152–1173, 2013.

WILLIAMS, David .R.; PRIEST, Naomi. Understanding Associations Among Race, Socioeconomic Status, and Health: Patterns and Prospects. **Health Psychology**, v. 35, n. 4, pp. 407-411, 2016.

WILKINSON, Richard G.; PICKETT, Kate E.. Income Inequality and Population Health: A Review and Explanation of the Evidence. **Social Science & Medicine**, v. 62, n. 7, pp. 1768–1784, 2006.

_____. **O nível**: Porque uma sociedade igualitária é melhor para todos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

WITTENBERG, Ernest; e WITTENBERG, Elisabeth. **How to Win in Washington**. 2ª ed. Blackwell: Cambridge, 1994.

WOLTERS KLUWER. **Medicare Explained**. Health Law Professional Series. Riverwoods, 2017.

YAMIN, Alicia Ely. Promoting equity in health: What role for courts?. **Health & Human Rights**, v. 16, n. 2, 2014.

ANEXO

Dados referentes ao atendimento nas Defensorias Públicas
pesquisadas